



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2006

---

## **Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern: Zur Dialektik von Ich und Mein**

Büchler, Andrea

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-151433>  
Journal Article

Originally published at:

Büchler, Andrea (2006). Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern: Zur Dialektik von Ich und Mein. Archiv für die civilistische Praxis:300-351.



---

Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern: Zur Dialektik von Ich und Mein

Author(s): Andrea Büchler

Source: *Archiv für die civilistische Praxis*, 206. Bd., H. 2/3 (2006), pp. 300-351

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/40995938>

Accessed: 08-05-2017 15:13 UTC

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at  
<http://about.jstor.org/terms>



*Mohr Siebeck GmbH & Co. KG* is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to  
*Archiv für die civilistische Praxis*

# Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern

Zur Dialektik von Ich und Mein

von Prof. Dr. *Andrea Bächler*, Zürich

## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung .....	301
II. Gesellschaftliche Praktiken .....	305
1. Persönlichkeitsgüter als historische Kategorien .....	305
2. Die Aneignung des Innersten – Emanationen des Persönlichen – Persönliche Datenspuren .....	306
3. Zugriffsoffenheit .....	308
III. Dogmatische Verortung von Persönlichkeitsgütern .....	309
1. Historischer und rechtlicher Ausgangspunkt .....	309
2. Vermögenswerte und verwertungsfähige Persönlichkeitsrechts- positionen .....	311
3. Entäußerte Persönlichkeit als persönliches Eigentum? .....	317
IV. Die Kommerzialisierung der eigenen Person zwischen Verpflichtung und Verfügung .....	320
1. Übertragbarkeit persönlichkeitsrechtlicher Positionen? .....	320
a) Von der gebundenen Rechtsübertragung zum Immaterial- güterrecht an der Identität .....	320
b) Ablösung und Neuordnung von Person und Gut .....	322
c) Herrschaftsrecht und Rechtsverzicht .....	325
d) Die Leistung des Seins .....	326
2. Von der Einwilligung und dem Lizenzvertrag .....	327
a) Rechtsausübungsverzicht oder Konkretisierung der Selbst- bestimmung .....	327
b) Vertragliche Dispositionen und ihre Grenzen .....	328
c) Bindungsfreiheit und Kommerzialisierungsverbot .....	330
3. Bereicherungsrechtlicher Schutz persönlichkeitsgeprägter Rechtspositionen .....	332
a) Manifestation der Güterzuordnung .....	332
b) Persönlichkeitsgut und vermögenswerter Zuweisungsgehalt .....	332
c) Rechtsgehalt exklusiv eingeräumter Nutzungsrechte .....	336
V. Die Kommerzialisierung Verstorbener zwischen Andenken der Angehörigen, postmortaler Rechtssubjektivität und erbrecht- lichem Übergang von Persönlichkeitsgütern .....	340
1. Ausgangslagen und Rechtsschutzlücken .....	341
2. Der erbrechtliche Übergang persönlichkeitsrechtlicher Positionen ....	341
VI. Zusammenfassende Thesen .....	346
1. Ein Ich... ..	346
2. ...das mein ist. ....	347
3. Der innere Zusammenhang von Zugriffsschutz und Verwertungsmacht .	347

Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 206 (2006), S. 300–351

© Mohr Siebeck – ISSN 0003-8997

4. Die Kantische Tradition und ihre Unverfügbarkeit .....	348
5. Die Repräsentation des Mein nach dem Ableben des Ich .....	350
6. Ein Mein ohne Ich? .....	350
7. Kontingenz, entzauberte Welt und entfesselte Individualität: Die Herausforderung an das Persönlichkeitsrecht .....	351

### I. Einleitung<sup>1</sup>

„Man sollte es für kaum glaublich halten, dass das erste und heiligste Recht, das Recht an der Persönlichkeit, bis in die neuere Zeit der Anerkennung der Wissenschaft des bürgerlichen Rechts entbehrte. Dies ist nur zu erklären bei dem Mangel an wahrer systembildender Kraft, welcher in dem ehemaligen Zivilrecht zu erkennen ist. Man war völlig abhängig von den römischen Einflüssen, und wo diese versagten, da galt es als eine Art von Überhebung, ein Recht und ein Rechtsverhältnis annehmen zu wollen. (...) An dem Persönlichkeitsrecht selber aber zweifeln wenige mehr, und die scholastische Skepsis, als könne es an der eigenen Persönlichkeit kein Recht geben, weil es hier am Gegenstand des Rechts fehle, weil hier Subjekt und Objekt in eins zusammenfielen, kann uns nicht mehr rühren; denn jeder weiss, wie zwei Seelen in unserer Brust wohnen und wie man in jedem Augenblick seinem eigenen Ich als Subjekt gegenübertritt: hierin eben liegt ja die Eigenheit des Selbstbewusstseins (...).“

*Josef Kohler, Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903, S. 5.*

So *Josef Kohler* im Jahr 1903. Ob er wohl hätte ahnen können, dass nach einem Jahrhundert persönlichkeitsrechtlicher Dogmatik das Verhältnis der Person zu ihren Gütern so ungeklärt ist wie noch selten zuvor? Die mit der Etablierung des Persönlichkeitsrechts als subjektives Recht verbundene Subjektobjektivierung, von welcher *Kohler* spricht, ist heute nur noch selten<sup>2</sup> ein Thema. Eine Reminiszenz an die grosse Diskussion ist allenfalls die Bemerkung, Rechtssubjekt und Rechtsobjekt seien zwar unterscheidbar, aber nicht verschieden.<sup>3</sup> An Stelle von Identität und Kongruenz beschäftigt aktuell vielmehr die Frage, ob das Verhältnis von Person und Gut ein Verhältnis des *Seins* oder eines des *Habens* ist. Im Diskurs um die Kommerzialisierung von

<sup>1</sup> Mit Fußnoten versehene Fassung des Vortrags gehalten an der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung vom 25. bis 27. September 2005 in Basel. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Ich danke meiner wissenschaftlichen Assistentin Dr. Bianka Dörr für die wertvolle Unterstützung.

<sup>2</sup> Und dies nur im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des deutschen Rechts, vgl. z.B. *Bungart*, Dingliche Lizenzen an Persönlichkeitsrechten, Diss. Baden-Baden 2005, 53 f.

<sup>3</sup> Vgl. die Hinweise in *Aebi-Müller*, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005, 17; *Freitag*, Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, Diss. Baden-Baden 1993, 29.

Persönlichkeitsgütern erfährt diese dialektische Spannung von *Ich* und *Mein* gleichsam eine Verdichtung. Insofern erstaunt die Welle umfangreicher Veröffentlichungen zum Thema kaum, die in den letzten zwei Jahrzehnten Deutschland erfasst hat.<sup>4</sup> Die Auseinandersetzung der deutschen Rechtswissenschaft mit den Implikationen der Vermarktung von Persönlichkeits-

---

<sup>4</sup> Um nur die wichtigsten Monographien zu nennen: *Bungart* (Fn. 2); *Gauss*, Der Mensch als Marke: Lizenzierung von Name, Bild, Stimme und Image im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Baden-Baden 2005; *Lichtenstein*, Der Idealwert und der Geldwert des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts vor und nach dem Tode. Grundlage für die Verwertung individueller Erkennbarkeit, Diss. Baden-Baden 2005; *Wortmann*, Die Vererblichkeit vermögensrechtlicher Bestandteile des Persönlichkeitsrechts, Diss. Berlin 2005; *Halász*, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung. Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen, Berlin/Heidelberg 2005; *Jung*, Die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diss. Remscheid 2005; *Hartl*, Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter, Diss. Konstanz 2005; *Claus*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz im Zeichen allgemeiner Kommerzialisierung, Diss. Baden-Baden 2004; *Fischer*, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes. Von Bismarck bis Marlene Dietrich, Diss. Frankfurt am Main/Berlin/Bern u.a. 2004; *Abrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen. Ansatz einer Systembildung, Würzburg 2002; *Amelung*, Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht. Schadensersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Diss. Tübingen 2002; *Beuthien* (Hrsg.), Persönlichkeitsschutz vor und nach dem Tode, Baden-Baden 2002; *Gronau*, Das Persönlichkeitsrecht von Personen der Zeitgeschichte und die Medienfreiheit, Diss. Baden-Baden 2002; *Taupitz/Müller*, Rufausbeutung nach dem Tode: Wem gebührt der Profit? Mannheimer Begegnung: Dialog zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim und Richtern des Bundesgerichtshofs, Heidelberg 2002; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen, Tübingen 2001; *Erlanger*, Die Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diss. Aachen 2001; *Hoppe*, Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht, Diss. Berlin 2001; *Schulze Wessel*, Die Vermarktung Verstorbener. Persönlichkeitsrechtliche Abwehr- und Ersatzansprüche, Diss. Berlin 2001; *Beuter*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts, Diss. Konstanz 2000; *Klein*, Der zivilrechtliche Schutz des Einzelnen vor Persönlichkeitsverletzungen durch die Sensationspresse, Diss. Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2000; *Stadler*, Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts – Individualrechtsschutz gegen Medienübergriffe im Privatrecht, Konstanz 1999; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte. Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, München 1999; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995; *Magold*, Personenmerchandising: der Schutz der Persona im Recht der USA und Deutschlands, Diss. Frankfurt am Main/Berlin/Bern 1994; *Freitag* (Fn. 3); *Schröder/Taupitz*, Menschliches Blut: verwendbar nach Belieben des Arztes? Zu den Formen erlaubter Nutzung menschlicher Körpersubstanzen ohne Kenntnis des Betroffenen, Stuttgart 1991.

gütern hat jedenfalls eine seltene Intensität und dogmatische Differenziertheit erreicht.

In der Schweiz präsentiert sich die Situation hingegen deutlich anders. Auf der schweizerischen Skala der Tugenden belegt Bescheidenheit einen höheren Rang als Prominenz, weshalb es nicht nur zufällig sein dürfte, dass bislang nur wenige Fälle kommerzialisierter Persönlichkeit zu gerichtlicher Beurteilung gelangt sind. Aber auch die wissenschaftliche Diskussion geht in leiseren Tönen vonstatten.<sup>5</sup> Dies vielleicht deshalb, weil das Persönlichkeitsrecht bekanntlich auf soliden Grundlagen steht, in denen allenfalls – das gilt es zu prüfen – praktische und einfache, sprich gutschweizerische Lösungen angelegt sind; Lösungen, die den in der gedanklichen und rechtlichen Assoziation zwischen Markt und Persönlichkeit angelegten Konfliktfeldern etwas von ihrer Spannung nehmen.

Die thematische Verknüpfung von Persönlichkeitsrecht und wirtschaftlichen Interessen ist komplex; sie tangiert sowohl dogmatische Strukturentscheidungen wie unzählige Einzelfragen der Gesetzesanwendung. Eine umfassende Erörterung der Fülle von Rechtsfragen mit ihren rechtsgutspezifischen Problemlagen ist im vorliegenden Rahmen nicht annähernd möglich. Es muss beim bescheidenen Versuch einer schweizerisch-deutschen Auslegung aus Schweizer Sicht bleiben. Dabei möchte ich die teilweise etwas ruhelose Diskussion um die Verwertung personaler Güter zurückführen auf einige Kernfragen der Verpflichtung und Verfügung. Ich werde mich nicht primär dem Schutzbedürfnis des monegasischen Königshauses vor medi-

---

<sup>5</sup> In jüngster Zeit: *Büchler*, Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand?, in: *Honsell/Portmann/Zäch/Zobl* (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 177 ff.; *Büchler*, Die Kommerzialisierung Verstorbener – Ein Plädoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsrechtsaspekte, *AJP* 2003, 3 ff.; *Biene*, Starkult, Individuum und Persönlichkeitsgüterrecht. Überlegungen zur interessengerechten rechtlichen Gestaltung der wirtschaftlichen Nutzung von Persönlichkeitsaspekten, Diss. Bern 2004; *Weber*, Persönlichkeit als Immaterialgut?, in: *Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow* (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004, 411 ff.; *Bächli*, Das Recht am eigenen Bild. Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person, Diss. Basel/Genf/München 2002; *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse: Schutz des Urhebers oder dogmatisches Ammenmärchen?, in: *Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger* (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Reh binder, München/Bern 2002, 259 ff.; *Seemann*, Prominenz als Eigentum. Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, Diss. Baden-Baden 1996.

aler Zwangskommerzialisierung<sup>6</sup> zuwenden,<sup>7</sup> und nicht die jüngsten Versuche der Harmonisierung von Medienfreiheit und Schutz des Privaten durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kommentieren,<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Der deutsche Bundesgerichtshof hat diesen Begriff in der Entscheidung *Caroline I*: BGH NJW 1995, 861, 865 geprägt.

<sup>7</sup> Dieses war Thema zahlreicher wegweisender deutscher Entscheidungen: *Soraya*: BVerfGE 34, 269; BVerfG NJW 1973, 1221; *Caroline I*: BGH NJW 1995, 861 sowie OLG Hamburg NJW 1996, 2870 (nach Rückverweisung durch den BGH); *Caroline II*: BGH NJW 1996, 984 ff.; *Caroline III*: OLG Hamburg NJW-RR 1994, 990 f. (Berufungsurteil) sowie BGH NJW 1996, 985 f.; *Caroline IV*: BGH NJW 1996, 1128 ff. sowie BVerfG NJW 2000, 1021 ff. (Verfassungsbeschwerde) und *Caroline von Hannover*: EGMR NJW 2004, 2647 ff.

Vgl. zum Thema der Zwangskommerzialisierung und deren Rechtsfolgen ausführlich zum Beispiel *Hoppe* (Fn. 4), insbesondere 36 ff.; *Siemes*, Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse, AcP 201 (2001), 202 ff.; *von Holleben*, Geldersatz bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien, Diss. Baden-Baden 1999, insbesondere 31 ff.; *Sokol/Tiaden*, Big Brother und die schöne neue Welt der Vermarktung personenbezogener Informationen, in: *Bizer/Lutterbeck/Riess* (Hrsg.), Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft, Freundesgabe für Alfred Büllesbach, Stuttgart 2002, 161 ff.; *Ropski/Kurer*, Stars' Wars: Die Verkommerzialisierung von Berühmtheiten, SMI 1990, 279 ff.; *Vollkommer*, Zum Schutz der Persönlichkeit vor unbefugter Vermarktung durch die Medien, in: *Isensee/Lecheler* (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner, Berlin 1999, 599 ff.; *Freitag*, Die Nachahmung bekannter Persönlichkeiten in der Werbung, GRUR 1994, 345 ff.; *Gounalakis*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10 ff.; *Helle*, Wirtschaftliche Aspekte zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, RabelsZ 1996, 448 ff.; *Meurer*, Die ausgenutzte Persönlichkeit – eine Frage der Ehre?, in: *Werner/Häberle/Kitagawa/Saenger* (Hrsg.), Brücken für die Rechtsvergleichung, Festschrift für Hans G. Leser, Tübingen 1998, 105 ff.

<sup>8</sup> *Caroline von Hannover/Deutschland*: EGMR NJW 2004, 2647 ff. oder AfP 2004, 348 ff. Vgl. dazu auch die umfassenden Stellungnahmen in der Literatur (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): *Bartnik*, Caroline à la française – ein Vorbild für Deutschland?, AfP 2004, 489 ff. (mit Rechtsvergleich Deutschland – Frankreich); *Beuthien*, Das Recht auf nichtmediale Alltäglichkeit. Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Nr. 59320/00 v. 24.6.2004 – Caroline von Hannover/Deutschland, K&R 2004, 457 ff.; *Bölke/Gostomzyk*, Die Auswirkungen der Caroline-Entscheidung des EGMR auf die Bildberichterstattung nach deutschem Recht, Jura 2005, 336 ff.; *Cole*, „They did it their way“ – Caroline in Karlsruhe und Strassburg, Douglas and Campbell in London, ZRP 2005, 181 ff.; *Ennöckel/Windbager*, Anmerkung zu „Paparazzi-Fotos“ von Prominenten – Schutz der Privatsphäre – Caroline von Monaco (verehe. v. Hannover), medien und recht 2004, 251 ff.; *Forkel*, Das „Caroline-Urteil“ aus Strassburg – richtungsweisend für den Schutz auch der seelischen Unversehrtheit, ZUM 2005, 192 ff.; *Gersdorf*, Caroline-Urteil des EGMR – Bedrohung der nationalen Medienordnung, AfP 2005, 221 ff.; *Grabenwarter*, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?, AfP 2004, 309 ff.; *Heldrich*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2004, 2634 ff.; *Kaboth*, Der

sondern den eher etwas weniger prominenten Aspekten der Nutzung personaler Güter durch den Träger selbst nachgehen, dies in Berücksichtigung der systeminduzierten Zusammenhänge zu den Eingriffsfolgen bei Fremdkommerzialisierung.

## II. Gesellschaftliche Praktiken

### 1. Persönlichkeitsgüter als historische Kategorien

Lassen Sie mich zunächst in gebotener Kürze die für die folgenden Ausführungen relevanten gesellschaftlichen Praktiken der Kommerzialisierung<sup>9</sup> umreißen, zumal ihre rechtsdogmatische Verarbeitung das Bewusstsein um die ontologische Dimension voraussetzt. Der dem Schweizer Schrifttum entlehnte Begriff des Persönlichkeitsguts – dem die dialektische Spannung von *Ich* und *Mein* immanent ist – benennt rechtliche Beziehungen<sup>10</sup> zu typisierten Facetten, Äusserungen, Bekundungen der Persönlichkeit. Obschon die Per-

---

EGMR und Caroline von Hannover: Mehr Schutz vor der Veröffentlichung von Fotoaufnahmen aus dem Privatleben Prominenter?, ZUM 2004, 818 ff.; *Mann*, Auswirkungen der Caroline-Entscheidung des EGMR auf die forensische Praxis, NJW 2004, 3220 ff.; *Stürner*, Caroline-Urteil des EGMR – Rückkehr zum richtigen Mass?, AfP 2005, 213 ff.; *Stürner*, Anmerkung zum EuGHMR Urteil der 3. Kammer vom 24. Juni 2004 (Caroline von Hannover), JZ 2004, 1018 ff.; *Zagouras*, Bildnisschutz und Privatsphäre im nationalen und europäischen Kontext. Das Springreiter-Urteil des BGH vor dem Hintergrund der Caroline-Entscheidung des EGMR, AfP 2004, 509 ff.

<sup>9</sup> Der Begriff der Kommerzialisierung umfasst in folgendem Zusammenhang die Erzielung von Gewinn, wobei dieses Interesse anderen Interessen wie Forschungsinteressen oder Informationsvermittlung bei kommerzieller Presseberichterstattung auch nachrangig sein kann. Vgl. zum Begriff der Kommerzialisierung differenziert *Taupitz*, Kommerzialisierung menschlicher Körpersubstanzen, in: *Damm/Hart* (Hrsg.), Die rechtliche Regulierung von Gesundheitsrisiken, Baden-Baden 1993, 51, 52 f.: „Aus dem Blickwinkel einer Zwei-Personen-Beziehung geht es damit vor allem um Fälle des Forderns, Annehmens, Anbietens und Gewährens finanzieller und sonstiger materieller Interessen im Zusammenhang mit einem verfügenden, erlaubenden oder nutzenden Vorgang (...)“.

<sup>10</sup> Und nicht die einzelnen Aspekte von Persönlichkeit, zumal das Persönlichkeitsrecht ein subjektives Recht ist, das notwendigerweise zwischen Rechtsobjekt und Rechtssubjekt unterscheidet. Schutzgut ist nicht die Materie, sondern die Beziehung zu dieser. Dies gilt auch für den Körper. Treffend führt der deutsche Bundesgerichtshof in BGHZ 124, 52, 54 aus: „Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB ist nicht die Materie, sondern das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist“.



sönlichkeit „rechtliche Grundgegebenheit schlechthin“<sup>11</sup> ist, ist jede Annäherung an deren Schutzbereich durch die Bezeichnung geschützter Beziehungen nicht mehr als eine Momentaufnahme.<sup>12</sup> Denn Persönlichkeitsgüter sind keine objektiven, sondern historische Kategorien, deren rechtlicher Bestand ist keine feststehende Grösse, sondern Dokument kultureller und technologischer Prozesse gesellschaftlichen Wandels.

## 2. Die Aneignung des Innersten – Emanationen des Persönlichen – Persönliche Datenspuren

In der räumlichen Betrachtungsweise *Hubmann's*, wonach gewisse Güter „dicht auf dem Leibe“ sitzen, andere „in unendliche Fernen“ verlaufen,<sup>13</sup> bildet der *Körper* den innersten Kreis personaler Äusserung. Die Möglichkeiten der technischen Aneignung und bio-industriellen Erschliessung desselben<sup>14</sup> fordern die historische Identität von Körper und Person heraus.<sup>15</sup> Zu beobachten ist eine Verschiebung der Betrachtungsweise des Selbst: *Waren* wir noch Leib, so *haben* wir nun einen Körper.<sup>16</sup> Die oft bemühten Milzzellen des an Haarzellenleukämie erkrankten *John Moore*, die ihm im Rahmen eines medizinisch indizierten Eingriffs entnommen wurden und sich anschliessend we-

<sup>11</sup> *Jäggi*, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 II (1960), 145a, 146a.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Aebi-Müller* (Fn. 3), 21: Persönlichkeitsgüter dienen lediglich der Veranschaulichung und der Ordnung.

<sup>13</sup> *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln 1967, 133.

<sup>14</sup> Vgl. *Gehring*, Wessen Stoffe, wessen Proben, wessen Daten? Verfügungsrechte und Eigentumskategorien im medizinischen Feld, in: *Schnell* (Hrsg.), Leib. Körper. Maschine. Interdisziplinäre Studien über den bedürftigen Menschen, Düsseldorf 2004, 257 ff.

<sup>15</sup> So schon *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, Diss. Frankfurt am Main/Bern/New York 1985, 22 ff., m.w.H.

<sup>16</sup> *Gehring*, Kann es ein Eigentum am menschlichen Körper geben? Zur Ideengeschichte des Leibes vor aktuellem biopolitischem Hintergrund, in: *Schürmann* (Hrsg.), Menschliche Körper in Bewegung. Philosophische Modelle und Konzepte der Sportwissenschaft, Frankfurt am Main 2001, 41, 56 ff., diagnostiziert eine tiefe und folgenreiche historische Zäsur. Die *Seinsperspektive* noch im Vordergrund in der Formulierung von *Deutsch*, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161, 173: „Die Person geht vom Körper aus, sie manifestiert sich in ihm“. *Gehring*, Kann es ein Eigentum am menschlichen Körper geben? Zur Ideengeschichte des Leibes vor aktuellem biopolitischem Hintergrund, in: *Schürmann* (Hrsg.), Menschliche Körper in Bewegung. Philosophische Modelle und Konzepte der Sportwissenschaft, Frankfurt am Main 2001, 41, 56 ff., diagnostiziert eine tiefe und folgenreiche historische Zäsur.

gen des hohen Proteingehalts als kommerziell interessant erwiesen,<sup>17</sup> stehen stellvertretend für die Eroberung des Körperinneren durch den Markt.<sup>18</sup>

Einem zweiten Kreis sind die Kennzeichen der Person wie das Bildnis, der Name, die Stimme, das Wort, der Schriftzug und die Lebensgeschichte zuzuordnen. Obschon die Kommerzialisierung dieser Güter keineswegs ein neues Phänomen ist,<sup>19</sup> so ist gleichwohl ihre gegenwärtige Dimension bemerkenswert.<sup>20</sup> Es ist die Rede von der „revolutionären Umgestaltung der Ökonomie der Aufmerksamkeit“<sup>21</sup>, die verantwortlich dafür zeichnet, dass für die heutige Kulturproduktion Ausstrahlungen prominenter Personen als Projektionsflächen für Sehnsüchte wesentliche ökonomische Ressourcen sind.<sup>22</sup> Das

<sup>17</sup> Die daraus gewonnene Zelllinie liess sich patentieren. Zum Fall *John Moore* siehe *Taupitz*, Die Zellen des John Moore vor den amerikanischen Gerichten: Ende der „heimlichen“ Nutzung menschlicher Körpersubstanzen?, *VersR* 1991, 369, 369 ff.; *Schröder/Taupitz* (Fn. 4), 13 ff.; *Ohly*, Die Einwilligung des Spenders von Körpersubstanzen und ihre Bedeutung für die Patentierung biotechnologischer Erfindungen, in: *Ann/Anders/Dreiss/Jestaedt/Stauder* (Hrsg.), *Materielles Patentrecht. Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn u.a. 2003, 417, 418; *Kimbrell*, Ersatzteillager Mensch. Die Vermarktung des Körpers, Frankfurt am Main/New York 1994, 177 ff.; ausführlich *Ehrlich*, Gewinnabschöpfung des Patienten bei kommerzieller Nutzung von Körpersubstanzen durch den Arzt?, Diss. Frankfurt am Main/Berlin/Bern u.a. 2000, 5 ff.; *Müller*, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen. Rechtliche Grundlagen und Grenzen, Diss. Berlin 1997, 19 f.

<sup>18</sup> Vgl. die Beispiele kommerzieller Nutzung menschlicher Körpersubstanzen bei *Müller* (Fn. 17), 19 f.; *Ehrlich* (Fn. 17), 5 ff.; *Halász* (Fn. 4), 87 f.; *Taupitz*, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? – Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen, *AcP* 191 (1991), 201, 202. Patienten gehen regelmässig davon aus, dass die zurückgelassenen Substanzen vernichtet werden, zumal sie für sie ohne Wert sind, vgl. *Taupitz*, Rechte an Zellen, Geweben und Körpermaterial, in: *Rittner/Schneider/Schölmerich* (Hrsg.), *Genomanalyse und Gentherapie: Medizinische, gesellschaftspolitische, rechtliche und ethische Aspekte*, Stuttgart/Jena/Lübeck 1997, 173, 173. Die Auswertung für medizinische Forschungszwecke hingegen geht regelmässig mit ökonomischen Überlegungen einher.

<sup>19</sup> Vgl. *Ropski/Kurer* (Fn. 7), 279, 280 ff.; *Beuter* (Fn. 4), 81 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 177 f.

<sup>21</sup> *Seemann* (Fn. 5), 17.

<sup>22</sup> Zum einen nehmen Attribute berühmter Personen Einfluss auf die Marktchancen beworbener Dienstleistungen und Waren. Aber auch die Presse lebt von der Berühmtheit der Dargestellten. In einer komplexen Interaktion zwischen Medien und Betroffenen wird das Gut Image erzeugt, um (weitere) Aufmerksamkeit akkumulieren und verwerten zu können. Nicht immer aber wird man die gerufenen Geister wieder los (vgl. *Weber* (Fn. 5), 411, 412). So erstaunt es nicht, dass das deutsche Persönlichkeitsrecht seine Weiterentwicklung nicht zuletzt den Klagen Prominenter gegen die Regenbogenpresse verdankt. Zum Ausmass der Gewinnerzielung der Regenbogenpresse durch die Vermarktung Prominenter siehe *Hoppe*, Gewinnerorientierte Persönlichkeitsverletzungen in der europäischen Regenbogenpresse, *ZEuP* 2000, 29, 30 ff.; ausführlicher *Hoppe* (Fn. 4), 32 ff. Eingehend zu den verschiedenen Formen der Persönlich-

Wesen dieser Güter wird verschieden erzählt, nicht ohne Folgen für den rechtlichen Diskurs ihrer Kommerzialisierung. Entweder als Externalisierungen der Persönlichkeit, mit der Hervorhebung, dass die Individualität darin eine *materielle* Entsprechung findet.<sup>23</sup> Oder, leibphilosophisch inspiriert, als Emanationen des Persönlichen: die Stimme als Echo, das Bild als Mimesis.

Schliesslich weist eine Ordnung der Persönlichkeitsgüter in Abhängigkeit zur Nähe zum Leib die gänzlich unkörperlichen, in der modernen Wissensgesellschaft aber nicht minder bedeutsamen Spuren des Menschen, wie genetische und andere personenbezogene Daten einem dritten Kreis zu.<sup>24</sup>

### 3. Zugriffsoffenheit

Gemeinsam ist all den genannten Aspekten der Persönlichkeit ihre *Zugriffsoffenheit*. Die Stoffe, Attribute oder Daten können in ihrem stofflichen oder Zeichencharakter im Sinne der faktischen Nutzung durch Dritte angeeignet werden.<sup>25</sup> In der personenexternen Verfügbarkeit<sup>26</sup> unterscheiden sie sich von anderen Schutzobjekten wie Ehre, persönliche Freiheit oder Leben, aber auch von der sexuellen Freiheit, der Ehefreiheit oder der Gebärfähigkeit, die ebenfalls kommerziellen Erwägungen unterliegen können.<sup>27</sup> Die abstrakte Möglichkeit sowohl der Fremd- wie der Eigenkommerzialisierung verweist auf strukturelle Nähe zum Eigentum. Und die Persönlichkeitsrechtstheorie muss dazu Stellung nehmen, wer die Kontrolle, die Nutzung und den Ertrag

---

keitsvermarktung *Biene* (Fn. 5), 11 ff., 24 ff. Selbst die Politik unterliegt heute der Ökonomie der Aufmerksamkeit, vgl. *Ladeur*, Persönlichkeitsschutz und Comedy. Das Beispiel der Fälle SAT1/Stahnke und RTL2/Schröder, NJW 2000, 1977, 1979.

<sup>23</sup> *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 16 ff., sprechen von Gegenständen mit nahem Persönlichkeitsbezug beziehungsweise eigenpersönlichen Gegenständen. Danach sind der Name, das menschliche Abbild, Film- und Tonaufnahme, Datum mit nahem Persönlichkeitsbezug und das durch diese geformte Persönlichkeitsbild Gegenstände im Sinne des Bürgerlichen Rechts. An diesen bestehen Persönlichkeitsgüterrechte im Sinne von absoluten Herrschaftsrechten.

<sup>24</sup> Dazu *Sokol/Tiaden* (Fn. 7), 161, 164; *Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463, 1464 ff.

<sup>25</sup> *Peifer* (Fn. 4), 144 ff., unterscheidet ähnlich zwischen Persönlichkeitsgütern und Persönlichkeitsinteressen. Letztere werden vom Träger als werthaft empfundenen Zustand beschrieben, den Dritte stören, aber sich nicht aneignen können. Beim Persönlichkeitsgut hingegen ist es möglich, dass Dritte auf das Gut zugreifen. Sie können auch eine faktische Herrschaftsposition darüber gewinnen. Der Träger selbst aktiviert sein Interesse am Gut durch das Recht auf Selbstbestimmung.

<sup>26</sup> Vgl. auch *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 16.

<sup>27</sup> Letztere Positionen können zwar eigenkommerzialisieren, nicht aber fremdkommerzialisieren werden. Die Frage nach der Verfügbarkeit stellt sich nicht in gleicher Weise wie bei zugriffsoffenen Positionen.

zugriffsoffener Positionen beanspruchen kann.<sup>28</sup> Diese rechtliche Zuordnung hat weitreichende kultur-, forschungspolitische und medizinische Implikationen, man denke an die Definitionsmacht über alltagskulturelle Informationen, die vermittelt über die Identität von Prominenten das kollektive Gedächtnis prägen,<sup>29</sup> oder an die Verfügbarkeit von menschlichen Organen.

### III. Dogmatische Verortung von Persönlichkeitsgütern

#### 1. Historischer und rechtlicher Ausgangspunkt

Wenden wir den Blick hin zu den von den gesellschaftlichen Praktiken tangierten Rechten. Rechte an der aus dem Geiste der Aufklärung geborenen Persönlichkeit<sup>30</sup> sind jene, die dem Menschen um seiner selbst Willen zustehen, ihn in seiner Würde und Einzigartigkeit schützen und zur Freiheit der Entfaltung befähigen.<sup>31</sup> Ihre rechtliche Erfassung und ihre Einfügung in eine dem traditionsreichen Eigentum als Prototyp subjektiver Rechte verpflichtete Ordnung bereitete ernste Mühe. Diese fand Ausdruck in der bekannten Kritik *Carl Friedrich von Savignys*, mit dem privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit sei zwingend die Annahme einer eigentumsähnlichen Beziehung des Menschen zu sich selbst verbunden – anders sei das subjektive Recht nicht zu denken, denn dieses brauche einen verkörperten Gegenstand als Bezugspunkt, der vom Inhaber verschieden ist und auf den sich der Wille beziehen kann. Und die Anerkennung eines solchen Rechts an Geist und Gliedern impliziere das Recht auf Selbsttötung, weshalb sie abzulehnen sei.<sup>32</sup> Zwar ist die Rechtsentwicklung über *von Savignys* Einwand hinweggegangen.<sup>33</sup> Dennoch: Die

<sup>28</sup> Vgl. *Seemann* (Fn. 5), 27.

<sup>29</sup> Vgl. *Seemann* (Fn. 5), 258 ff.

<sup>30</sup> *Gottwald*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Diss. Baden-Baden/Berlin 1996, 11 Fn. 23.

<sup>31</sup> Vgl. zu den verschiedenen Begriffselementen *Aebi-Müller* (Fn. 3), 18 ff., 37 ff. Vgl. das Schweizerische Bundesgericht in BGE 84 II 570, 573: „Sie [die Persönlichkeitsrechte] sind untrennbar mit seiner Person verknüpft, um deretwillen sie ihm zustehen. Sie geben ihm insbesondere Anspruch auf das Ansehen und den Ruf, die das Werk seinem Urheber zu verschaffen vermag“.

<sup>32</sup> Vgl. *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, 334 ff. Ausführlich zu *von Savigny Scheyhing*, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, AcP 158 (1959/1980), 503, 516 f.; auch *Kastl*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht: der Prozess seiner Anerkennung als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, Diss. Ebelsbach 2004, 33 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, 188 f.; *Gottwald* (Fn. 30), 183 f.

Genese des Persönlichkeitsrechts<sup>34</sup> und seine komplexe rechtliche Ordnung in Deutschland – wozu die Zersplitterung der Rechtsquellen,<sup>35</sup> die späte Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts als richterliche Rechtsschöpfung<sup>36</sup> und die beengten Verletzungsfolgen<sup>37</sup> gehören – legen beredtes Zeugnis ab für die Mühen mit der Erweiterung des Kanons subjektiver Rechte.

Die Schweizer Entstehungsgeschichte des Persönlichkeitsrechts ist bekanntlich einfacher und spektakulärer zugleich. Die grossartige Leistung des Gesetzgebers vor knapp einem Jahrhundert ist weit herum anerkannt.<sup>38</sup> Unter dem Einfluss der Philosophie Kants<sup>39</sup> hat Eugen Huber den Leitthemen des deutschen Idealismus in geradezu vorbildhafter Weise rechtlichen Ausdruck verliehen. Ihm ist der Normenkomplex „Schutz der Persönlichkeit“<sup>40</sup> als „Kleinod der schweizerischen Gesetzgebung“<sup>41</sup> und kodifikationsgeschichtlich bahnbrechende Neuschöpfung zu verdanken<sup>42</sup>. Nach Art. 28 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches kann jede Person, die in ihrer Persönlichkeit wi-

<sup>34</sup> Ausführlich zur Begründung und Entwicklung der modernen Lehre von den Persönlichkeitsrechten *Kastl* (Fn. 32), 38 ff.

<sup>35</sup> Die besonderen Persönlichkeitsrechte in Form des Rechts am eigenen Bild (§§ 22 ff. KUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie von 1907)) und des Namensrechts (§ 12 BGB), die lange vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht anerkannt wurden, gelten heute als besondere Erscheinungsformen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; vgl. *Bungart* (Fn. 2), 75; *Lichtenstein* (Fn. 4), 58, mit umfassenden Hinweisen.

<sup>36</sup> Die Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde vom deutschen Bundesgerichtshof im Jahr 1954 gestützt auf Art. 1 und 2 des Grundgesetzes eingeleitet (BGHZ 13, 338). Vgl. ausführlich dazu *Kastl* (Fn. 32), 201 ff.; *Gottwald* (Fn. 30), 59 ff.

<sup>37</sup> Dazu statt Vieler ausführlich *Hoppe* (Fn. 4), 44 ff. Der lückenhafte Schutz ergibt sich vor allem daraus, dass insbesondere in Fällen der Zwangsvermarktung durch die Presse zivilrechtlich lediglich der Schmerzensgeldanspruch gestützt auf § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 1 Abs. 1 GG zur Verfügung steht.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Hausheer*, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht. Höchstpersönlichkeit der Persönlichkeitsrechte als Schranke des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und der Privatautonomie ausserhalb und innerhalb der Familie bis hin zu den Unterhaltsvereinbarungen und zur Wahl des Güterstandes, in: *Bucher/Canaris/Honsell/Koller* (Hrsg.), Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, 319, 320 f., *Hausheer/Aebi-Müller*, Persönlichkeitsschutz und Massenmedien. Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage, recht 2004, 192, 129 f.

<sup>39</sup> Vgl. *Bucher*, Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993, Vorbemerkungen zu Art. 27 bis 30 ZGB, N 4; *Seemann* (Fn. 5), 62 f.

<sup>40</sup> So die Marginalie zu Art. 27-30 ZGB.

<sup>41</sup> *Landwehr*, Das Recht am eigenen Bild, Diss. Winterthur 1955, 21.

<sup>42</sup> Dem Gesetzgeber fehlten historische Vorbilder; *Bucher* (Fn. 39), Vorbemerkungen zu Art. 27 bis 30 ZGB, N 4, 92.

derrechtlich verletzt wird, zu ihrem Schutz das Gericht anrufen, und die Verletzung ist dann widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung, ein überwiegendes Interesse oder eine gesetzliche Bestimmung gerechtfertigt ist. So ist ein umfassender Persönlichkeitsschutz positivrechtlich verankert und durch die kühne Allgemeinheit der Bestimmung der Rechtsprechung die Gestaltungskompetenz zugewiesen, die einzelnen schutzwürdigen Persönlichkeitsbelange zu profilieren.<sup>43</sup> Nicht minder bedeutsam ist Art. 27 ZGB, wonach Rechts- und Handlungsfähigkeit unverzichtbar sind, und niemand sich seiner persönlichen Freiheit entäussern oder diese übermässig beschränken kann. Die in Relation zueinander geschaffenen Art. 28 ZGB, der im Schutz gegen faktisches Verhalten eine deliktsrechtliche Prägung aufweist, und Art. 27 ZGB, der in seiner normativen Wirkung dem Vertragsrecht zuzuordnen ist,<sup>44</sup> bilden das leitende Ordnungsgefüge für die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern in der Schweiz.

## 2. Vermögenswerte und verwertungsfähige Persönlichkeitsrechtspositionen

Um das Wesen des Persönlichkeitsrechts zu beschreiben, bemüht man im kontinentaleuropäischen Rechtsdiskurs dogmatische Grenzen entlang der Kategorien der ideellen und der Vermögensrechte,<sup>45</sup> der Abwehr- und der Ver-

<sup>43</sup> Die Entwicklungsoffenheit des Art. 28 ZGB ermöglicht die Integration verschiedenster Persönlichkeitsgüter in den Schutzbereich der Bestimmung. Vgl. die Liste diskutierter Persönlichkeitsgüter in *Aebi-Müller* (Fn. 3), 42 ff. Der Namensschutz kennt eine gesonderte Bestimmung, Art. 29 ZGB. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist Art. 29 ZGB lediglich ein Spezialfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Bestimmung behandelt den Sonderfall, dass jemand sich unberechtigterweise einen Namen anmasset oder dem berechtigten Träger das Recht abspricht, seinen Namen zu tragen. Die zunehmende Bedeutung des Persönlichkeitsschutzes hat in jüngerer Zeit darüber hinaus dazu geführt, dass entsprechende Bestimmungen in Spezialgesetzen aufgenommen wurden, vgl. die Datenschutzgesetzgebung und insbesondere die verschiedenen Gesetze im Bereich des Medizinrechts.

<sup>44</sup> Vgl. *Bucher* (Fn. 39), Vorbemerkungen zu Art. 27 ZGB, N 13 f.

<sup>45</sup> In der Schweiz wird von einem grossen Teil der Lehre nach wie vor betont, der Persönlichkeitsschutz schütze lediglich ideelle Interessen, vgl. *Aebi-Müller* (Fn. 3), 12 ff.; *Hansheer/Aebi-Müller*, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, N 10.15; *Geiser*, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel/Frankfurt am Main 1990, 128; *Pedrazzini/Oberholzer*, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, 132. Für Deutschland den vermögensrechtlichen Charakter ablehnend *Hubmann* (Fn. 13), 134; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964, 104 f.; *Peifer* (Fn. 4), 322; zustimmend dagegen *Götting* (Fn. 4), 68 f., 275 ff.; *Helle* (Fn. 7), 448, 455 ff.; *von Holleben* (Fn. 7), 87 ff.; *Seemann* (Fn. 5), 148 ff.; *Taupitz*, Rufausbeutung nach dem Tode: Wem gebührt der Profit? – Zugleich eine Analyse der ar-

wertungsrechte.<sup>46</sup> Diese dichotomische Strukturierung<sup>47</sup> führt aber in eine Aporie des Kommerzialisierungsrechts, zumal die ideelle Ausrichtung des Persönlichkeitsschutzes mit den ökonomischen Dimensionen persönlichkeitsbezogener Praxen konfligiert. Im Lichte dieser Ausgangsposition erstauen unvereinbare Aussagen zum vermögenswerten Gehalt persönlichkeitsrechtlicher Positionen nicht. In der Diktion des deutschen Bundesverfassungsgerichts ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet.<sup>48</sup> Hiergegen besteht eine weit zurückreichende Praxis des Bundesgerichtshofs, den wirtschaftlichen Gehalt von Persönlichkeitsgütern offen anzuerkennen.<sup>49</sup> Paul Dahlke oder Klaus Mann und insbesondere Marlene Dietrich sind Namen, die auf diese Weise den Weg ins kollektive juristische Gedächtnis gefunden haben. Entsprechende Gegenläufigkeiten bestehen auch in der Schweiz.<sup>50</sup>

beitsteiligen Fortentwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den VI. und I. Zivilsenat des BGH, in: *Taupitz/Müller* (Fn. 4), 1, 26; *Ullmann*, Persönlichkeitsrechte in Lizenz?, AfP 1999, 209, 209 ff.; *Halász* (Fn. 4), 97 ff.

<sup>46</sup> Ein grosser Teil der Schweizer Lehre betont auch den Abwehrcharakter der Persönlichkeitsrechte, so *Aebi-Müller* (Fn. 3), 10 ff.; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 45), N 10.20; *Brückner*, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, 122. Pointiert *Aebi-Müller*, Die „Persönlichkeit“ im Sinne von Art. 28 ZGB, in: *Geiser/Koller/Reusser/Walter/Wiegand* (Hrsg.) Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung: Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinem Privatrecht, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 99, 101: „Der Einzelne besitzt nicht Persönlichkeitsrechte an sich selber, über die er nach Belieben verfügen könnte wie über Vermögenswerte“, und 114: „Bei Art. 28 ZGB geht es ganz grundlegend um Schutzrechte, nicht um Verfügungsrechte. Verfügungen über die eigenen Existenzgrundlagen bleiben somit rechtlich unwirksam“.

Für Deutschland insbesondere *Peifer* (Fn. 4), 147 ff.; *Peifer*, Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht?, GRUR 2002, 495, 499; *Hubmann* (Fn. 13), 133 f.

<sup>47</sup> Kritisch bereits *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 180; *Götting* (Fn. 4), 4 ff.

<sup>48</sup> Vgl. dazu *Caroline IV*: BVerfG NJW 2000, 1021, 1021.

<sup>49</sup> *Paul Dahlke*: BGHZ 20, 345 ff.; *Herrenreiter*: BGHZ 26, 349; *Ginseng*: BGHZ 35, 363; *Fernsehansagerin*: BGHZ 39, 124; *Mephisto*: BGHZ 50, 133; *Rennsportgemeinschaft*: BGHZ 81, 75; *BMW*: BGHZ 98, 94; *Marlene Dietrich*: BGH NJW 2000, 2195 ff.

<sup>50</sup> Die schweizerische Rechtsprechung bemerkte erst kürzlich, der Persönlichkeitsschutz dürfe nicht für rein wirtschaftliche Interessen dienstbar gemacht werden, vgl. BGE 129 III 715, 723, so auch BGE 110 II 411, 418 und 114 II 91, 105. An anderer Stelle schützte sie ohne zu zögern den guten Ruf eines Bankiers vor kommerziellem Gebrauch, so das Kassationsgericht Zürich, SJZ 1987, 152: Ein Kaufmann namens Helmut Rothschild vertrieb unter dem Namen *Rothschild* diverse Produkte. Er verwendete folgenden Slogan: „R wie Rothschild, dies ist der Name der neuesten männlichen Linie auf dem Markt. Die Produkte sind würdig, auch im Badezimmer eines Bankiers zu stehen“.

Tatsächlich sind vermögenswerte Persönlichkeitsbezüge nicht etwa ein idiosyncratisches Syndrom, sondern das vorläufige Ergebnis des strukturellen Einbezugs ökonomischer Aspekte in den persönlichkeitsrechtlichen Kontext:

Erstens schliesst das Persönlichkeitsrecht normfunktional nicht nur den auf Abwehr gerichteten Schutzgehalt, sondern auch die *Kantische* Idee der Selbstverwirklichung ein, die sich in der ökonomischen Sphäre vollziehen kann.<sup>51</sup> In dieser extrovertierten Fassung unterscheidet sich die kontinental-europäische Persönlichkeitsrechtskonzeption vom US-amerikanischen *Right of privacy*,<sup>52</sup> das alleine auf den Schutz der Anonymität, das Interesse am Alleinsein ausgerichtet ist.<sup>53</sup>

Zweitens – dies gilt nur für die Schweiz – verweisen die Rechtsfolgen auf Vermögensbezüge des Persönlichkeitsrechts: Art. 28a Abs. 3 ZGB, wonach bei Persönlichkeitsverletzungen neben der Schadenersatz- und Genugtuungsklage auch der Anspruch auf Gewinnherausgabe explizit vorbehalten ist,<sup>54</sup> ist als Einsicht des Gesetzgebers zu lesen, dass der Zugriff auf personale Güter

---

Die Bankiersfamilie Rothschild, die zum Kaufmann in keiner verwandtschaftlichen Beziehung stand, klagte unter Berufung auf Art. 28 ZGB, zumal eine Namensanmassung im Sinne des Art. 29 ZGB nicht vorlag.

<sup>51</sup> *Hubmann* (Fn. 13), 85 f. Immerhin ist der Ursprung der Vorstellung von Persönlichkeit „das Bewusstsein der Unabhängigkeit vom Mechanismus der Natur, das sich als eine Wirkung der Willensbestimmung durch praktische Vernunft einstellt“; so *Har-tung*, Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligation vom 17. bis 20. Jahrhundert, 2. Aufl., Freiburg/München 1999, 189.

<sup>52</sup> Zum *Right of privacy* des US-amerikanischen Rechts ausführlich *Seemann* (Fn. 5), 69 ff.; *Biene* (Fn. 5), 110 ff.; *Götting* (Fn. 4), 168 ff.

<sup>53</sup> Das *Right of privacy* umfasst vier Schutzbereiche: 1. Das Eindringen in eine fremde Privat- oder Intimsphäre, 2. die Veröffentlichung ehrenrühriger Tatsachen, 3. die Entstellung des Persönlichkeitsbildes in der Öffentlichkeit und 4. die Aneignung des fremden Namens, Bildnisses oder Erscheinungsbildes; so *Götting*, Vom Right of Privacy zum Right of Publicity. Die Anerkennung eines Immaterialgüterrechts an der eigenen Persönlichkeit im amerikanischen Recht, GRUR Int. 1995, 656, 657 ff.; *Wag-ner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200, 219; *Gauss* (Fn. 4), 202 f. Dieser vierte Tatbestand der *Appropriation* wurde später konkretisiert und zum *Right of publicity* verselbständigt.

<sup>54</sup> Art. 28a ZGB:

„<sup>1</sup> Der Kläger kann dem Gericht beantragen:

1. eine drohende Verletzung zu verbieten;

2. eine bestehende Verletzung zu beseitigen;

3. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.

<sup>2</sup> Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleiben die Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag“.



die Form der wirtschaftlichen Ausbeutung verwertbarer Positionen annehmen kann.<sup>55</sup> Diese positiviert Assoziierung von widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung und vermögensrechtlichen Rechtsfolgen erweist sich – dies vorweg – als der im Vergleich zum deutschen Recht verlässlichere Ordnungsrahmen für die Bewältigung der Kommerzialisierung personaler Güter. Denn nach deutscher Fassung muss mangels gesetzlich fixierter Wertung im bereicherungsrechtlichen Kontext erst ermittelt werden, ob einzelnen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts ein vermögenswerter Zuweisungsgehalt innewohnt.<sup>56</sup>

Diese Differenz der dogmatischen Bezüge verliert freilich an Bedeutung, zumal in *beiden Rechtsordnungen* – dies drittens – die Integration vermögens- und verwertungsrechtlicher Dimensionen vermehrt mit der Konturierung der Schutzpositionen erfolgt. Durch die Herausbildung besonderer *Persönlichkeitsgüter* wie das Recht an der Stimme<sup>57</sup> oder abwägungsresistenter *Eingriffsformen* wie die kommerziell indizierte Nutzung<sup>58</sup> erfolgen Verdichtungen von unabgegrenzten Schutzinteressen hin zu Tatbeständen mit Indikationswirkung für die Rechtswidrigkeit, die sich im Gleichklang mit einer Verschiebung rechtsgutsbezogener Akzentsetzung vollziehen: Zunächst hat die invasive Natur persönlichkeitssensibler Gefahren dem Recht auf Privatsphäre zu grösserer Bedeutung verholfen, dies zulasten des Ehren-

<sup>55</sup> Vgl. *Meurer* (Fn. 6), 105, 112; *Nietlisbach*, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1994, 426; *Seemann* (Fn. 5), 198.

<sup>56</sup> Dies wurde (und wird) für das allgemeinen Persönlichkeitsrecht teilweise bezweifelt, weil es einen offenen Tatbestand darstellt und die Rechtswidrigkeit im Rahmen der Güterabwägung festzustellen ist. Siehe die Hinweise bei *Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: *Abrens/von Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz* (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 85, 88 und bei *Siemes* (Fn. 7), 202, 216 f.

<sup>57</sup> Zwar erfolgt nach deutschem Recht die Feststellung der Tatbestands- und Rechtswidrigkeit von Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht anhand einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung, zumal eine Herausbildung eines abstrakt-generellen Schutzbereiches nicht erfolgt ist; statt vieler *Bungart* (Fn. 2), 43. Zunehmend aber wird die Herausbildung weiterer besonderer Persönlichkeitsrechte befürwortet; vgl. zum Beispiel *Forkel*, Zur systematischen Erfassung und Abgrenzung des Persönlichkeitsrechts auf Individualität, in: *Forkel/Kraft* (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, 93, 105 ff.; *Deutsch* (Fn. 16), 161, 163 f.

Für die Schweiz stimmt es zwar, dass jede Verletzung der Persönlichkeit prinzipiell widerrechtlich ist, dennoch erfordert die Prüfung, ob der Schutzbereich betroffen ist, die Identifizierung von Positionen, welche die Lehre und Rechtsprechung als ausreichend konturierte und gefestigte Persönlichkeitsgüter betrachtet.

<sup>58</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, München 1994, 502.

schutzes. Und im Kontext von Subjektivierungstendenzen und gesteigerter personaler Zugriffsoffenheit, an das Recht auf Privatsphäre logisch anschliessend, wird die Argumentationslast zunehmend auf das Motiv der (informationellen) Selbstbestimmung reduziert.<sup>59</sup> Während ältere Entscheide die indizierte Rechtswidrigkeit der ungenehmigten kommerziellen Nutzung von Bild oder Stimme mit der Ansehensminderung des Verletzten begründen,<sup>60</sup> erwägen neuere Urteile ein Recht auf Selbstpräsentation und die Allokationsgerechtigkeit.<sup>61</sup> Es sei Diebstahl, wenn *Epigonen* sich seiner rauhigen Stimme für einen kurzen Film über die Liebe zum Auto der Marke Opel bemächtigen, begründete *Tom Waits* in der Süddeutschen Zeitung jüngst seine Klage wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts.<sup>62</sup> Selbst im

<sup>59</sup> Vgl. zum Beispiel das Bundesverfassungsgericht in der *Eppler*-Entscheidung (BVerfGE 54, 148). Vgl. *Seemann* (Fn. 5), 65, m.w.H.: „Auch im deutschen – teilweise auch im schweizerischen – Recht bedient man sich mehr und mehr der Begriffe Selbstbestimmung, Selbstentfaltung und Selbstdarstellung als Klammern, um die ursprünglich ideelle Grundausrichtung des Individualitätsschutzes zu überwinden und wirtschaftliche Interessen durch Ausgestaltung ideell-wirtschaftlicher Doppelrechte an Identitätsmerkmalen wie Namen, Bild, Stimme etc. mit einbinden zu können“. Für das Recht am eigenen Bild auch *Bächli* (Fn. 5), 69 ff.

Kritisch zur Selbstbestimmungsbezogenheit aktueller Persönlichkeitsrechtsdiskurse *Aebi-Müller* (Fn. 3), 24 ff.

<sup>60</sup> Vgl. noch das Reichsgericht in der *Graf Zeppelin*-Entscheidung (RGZ 74, 308, 311): „Einem fein fühlenden Menschen widerstrebt es, wenn sein Name mit gewissen Waren in Verbindung gebracht oder von übel beleumundeten Firmen benutzt wird“.

<sup>61</sup> So für *Deutschland* in der Entscheidung BGHZ 81, 75 *Rennsportgemeinschaft*, in welcher der BGH die Ansicht vertritt, eine Verwendung des Namens in der Werbung stelle auch dann eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, wenn damit keine Ansehensminderung verbunden ist. Vgl. dazu *Seemann* (Fn. 5), 135 f. Der BGH hält überdies fest, dass das jeweilige Abwehrrecht des Namensträgers mit einem ausschliesslich zugewiesenen Benutzungsrecht korrespondiere, welches seinerseits einen vermögensmässigen Zuweisungsgehalt aufweise.

Für das Bild vertrat bereits *Kohler* vor einhundert Jahren die Meinung, die Position sei gegen die kommerzielle Nutzung absolut geschützt, allerdings mit etwas anderer Begründung: „Ebenso darf die Person in ihren körperlichen Eigenheiten nicht für milde Reklame genutzt werden (...) Die Reklame ist ja nichts Unerlaubtes, aber sie begibt sich doch auf eine niedrige Sphäre des Lebens, wohin ihr die Person nicht zu folgen braucht“. *Kohler*, Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903, 13 f.

Für die *Schweiz* noch etwas unklar für das Recht am Bild: BGE 129 III 715, 722 f. Im Grundsatz kann allerdings festgehalten werden, dass für Lehre und Rechtsprechung die unautorisierte Nutzung eines fremden Bildnisses, der Stimme oder des Namens zum Zwecke der Werbung oder des Merchandising stets eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, also ungeachtet davon, ob auch eine Ansehensminderung, eine Verletzung der Ehre oder der Privatsphäre damit verbunden ist; vgl. *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 3, 4 Fn. 16; *Seemann* (Fn. 5), 191 f.; *Bächli* (Fn. 5), 59 ff., 145; *Geiser* (Fn. 44), 41 f.; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 45), N 13.28 ff.

<sup>62</sup> Süddeutsche Zeitung Nr. 214 vom 16. September 2005, 15.

medizinischen Bereich weichen Sittlichkeitsvorstellungen immer mehr einer bestimmten Erwartung leiblicher Selbstverfügung. Sie findet in Positionsbezügen der Literatur Ausdruck, ein Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung<sup>63</sup> sei dergestalt zu konturieren, dass jede, selbst die anonymisierte nicht genehmigte Auswertung entnommener Körpersubstanz<sup>64</sup> eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung darstellt.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Ob das Recht der Bestimmung über den Körper zum Recht am Körper nach § 823 Abs. 1 BGB zu zählen ist, oder ob es ein eigenes, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht darstellt, muss hier offen bleiben.

<sup>64</sup> Das Recht am Körper ist eine abwägungsresistente Position; die Forschungsfreiheit rechtfertigt keinen Eingriff in den Körper. Für die vom Körper abgetrennten Körpersubstanzen und -teile ist die Frage, ob gewichtige Interessen das Selbstbestimmungsrecht des Trägers zu überwiegen vermögen, umstritten. Oder allgemeiner gefragt: Hat der Mensch das Recht, über die Verwendung des im Rahmen eines rechtmäßigen Eingriffs entnommenen Körpermateriells auch dann zu bestimmen, wenn zum Beispiel die Forschung die Individualität der Körpersubstanzen nicht berührt? Vgl. zum Themenkomplex *Freund/Weiss*, Zur Zulässigkeit der Verwendung menschlichen Körpermateriells für Forschungs- und andere Zwecke, *MedR* 2004, 315 ff.; *Lippert*, Forschung an und mit Körpersubstanzen – wann ist die Einwilligung des ehemaligen Trägers erforderlich?, *MedR* 2001, 406 ff.; *Nitz/Dierks*, Nochmals: Forschung an und mit Körpersubstanzen – wann ist die Einwilligung des ehemaligen Trägers erforderlich?, *MedR* 2002, 400 ff.; *Nixdorf*, Zur ärztlichen Haftung hinsichtlich entnommener Körpersubstanzen: Körper, Persönlichkeit, Totenfürsorge, *VersR* 1995, 740, 741 f.; *Ofner*, Gewinnung und Verwertung menschlicher Körpersubstanzen aus operativen Eingriffen, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg.), *Biotechnologie und Recht*, Wien 2002, 185 ff.; *Hamerl*, Rechtsschutz des Spenders von Blut und Knochenmark gegen bestimmungswidrigen Gebrauch, in: *Plöchl* (Hrsg.), *Ware Mensch: Rechtsprobleme der medizinischen und kommerziellen Verwertung von Teilen des menschlichen Körpers*, Wien 1996, 41 ff.; *Obly* (Fn. 17), 417, 424 ff.; ausführlich zur Rechtsposition des Patienten an den von ihm getrennten Körpersubstanzen *Taupitz*, *AcP* 191 (1991) (Fn. 18), 201, 208 ff.

Interessant ist in diesem Kontext Art. 20 des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG): „<sup>1</sup>Eine Probe darf nur zu den Zwecken weiterverwendet werden, denen die betroffene Person zugestimmt hat. <sup>2</sup>Genetische Untersuchungen zu Forschungszwecken dürfen an biologischem Material, das zu anderen Zwecken entnommen worden ist, durchgeführt werden, sofern die Anonymität der betroffenen Person gewährleistet ist und diese oder, falls sie urteilsunfähig ist, ihr gesetzlicher Vertreter über ihre Rechte informiert worden ist und die Weiterverwendung zu Forschungszwecken nicht ausdrücklich untersagt hat“. Vgl. auch Art. 22 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin (Biomedizinkonvention): „Wird bei einer Intervention ein Teil des menschlichen Körpers entnommen, so darf er nur zu dem Zweck aufbewahrt und verwendet werden, zu dem er entnommen worden ist; jede andere Verwendung setzt angemessene Informations- und Einwilligungsverfahren voraus“. Allerdings hat Deutschland die Konvention nicht unterzeichnet, die Schweiz hat sie zwar unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.

<sup>65</sup> So *von Freier*, Getrennte Körperteile in der Forschung zwischen leiblicher Selbstverfügung und Gemeinbesitz, *MedR* 2005, 321 ff., insbesondere 324 ff. A. A.

Der Gewinn dieser Bezugnahme auf die neutrale, weder ideell noch wirtschaftlich konnotierte Selbstbestimmung besteht im Einbezug ökonomischer Dimensionen in den Schutzbereich des Guts.<sup>66</sup> Ob nämlich *Tom Waits* wirtschaftliche Interessen verfolgt oder eher um sein Ansehen fürchtet, ist unter dem Aspekt des Selbstbestimmungsrechts an seiner Stimme unerheblich.<sup>67</sup> Ist überdies der Zugriffsschutz durch eine feste Tatbestandsbildung gewährleistet, so ist das Persönlichkeitsrecht – zumindest potentiell – zugleich Verwertungsrecht, sofern die Rechtsordnung nicht korrigierend eingreift.<sup>68</sup> Durch die Gleichzeitigkeit von Zugriffsschutz und Kommerzialisierungspotenzial wird die exklusive Kontrolle über die wirtschaftlichen Vorteile zum gesicherten Inhalt des Rechts. *Weil zum Schutz des Ich zugeteilt, ist das Recht in seinem ganzen Gehalt mein*. Welche Befugnisse dieses um ein *Mein* erweiterte *Ich* einschliesst, ist freilich umstritten, weshalb ihnen die nachfolgenden Erwägungen gewidmet sind.

### 3. Entäußerte Persönlichkeit als persönliches Eigentum?

Der konflikthafte historische Ausgangspunkt des Persönlichkeitsrechts wurde bereits angesprochen. Es galt zunächst, eine am Eigentum orientierte Vorstellung vom Wesen des subjektiven Rechts zu überwinden<sup>69</sup> und nach der Abkehr vom Konzept des „Person-Eigentums“ der Naturrechtslehre<sup>70</sup> das

---

*Obly* (Fn. 17), 417, 422 ff., der das Einwilligungsrecht insbesondere für die Verwendung nicht regenerierbarer Körperteile oder von Keimzellen bejaht, hingegen für die Verwendung regenerierbarer Körpermaterialien in anonymisierter Form eine Widerspruchslösung erwägt; und *Taupitz*, AcP 191 (1991) (Fn. 18), 201, 211 ff., der insbesondere nach der Art der Nutzung der Körpersubstanz differenziert, zumal diese Aufschluss darüber gibt, ob die personale Individualität betroffen ist.

<sup>66</sup> Vgl. auch *Helle* (Fn. 7), 448, 457; *Claus* (Fn. 4), 135; *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 3, 6, m.w.H.

<sup>67</sup> Zumal der Kläger nicht darlegen muss, welche Interessen er zu wahren beabsichtigt, ob ihn wirtschaftliche Erwägungen motivieren, wenn er sich der kommerziellen Nutzung seiner Person widersetzt. Vgl. ausführlicher *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 182 f.; auch *Helle* (Fn. 7), 448, 457.

<sup>68</sup> Vgl. *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 3, 5; *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 29 f.; *Halász* (Fn. 4), 93 ff. Vgl. dazu *Marlene Dietrich*: BGH NJW 2000, 2195, 2198: „Das Bild, der Name und andere kennzeichnende Persönlichkeitsmerkmale können schon seit jeher – als ein Reflex der von der Rechtsordnung gewährten Abwehrrechte gegenüber einer unbefugten Verwendung – kommerziell und insbesondere für Werbezwecke eingesetzt werden. Damit war stets auch ein Schutz vermögenswerter Interessen verbunden (...)“.

<sup>69</sup> Traditionell sah man in der Herrschaftsmacht eine Voraussetzung für die Annahme eines subjektiven Rechts, vgl. *Gottwald* (Fn. 30), 182 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *Klippel*, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR 1982, 132, 136.

System der dogmatischen Erfassung von Rechten zugunsten von sogenannten „Individualrechten“<sup>71</sup> zu öffnen, um schliesslich Persönlichkeitsrechtspositionen in das Zivilrecht integrieren zu können.<sup>72</sup> Die ambivalente Beziehung des Persönlichkeitsrechts zum Eigentum ist eine strukturell-historische Einschreibung, die den Diskurs ihrer Kommerzialisierung nachhaltig prägt.<sup>73</sup>

Verschränkt sind Persönlichkeitsrecht und Eigentum oder strukturverwandte Immaterialgüterrechte durch die Ausschlussfunktion,<sup>74</sup> getrennt durch die Leitdifferenz der (Un)verfügbarkeit.<sup>75</sup> Persönlichkeitsgüter, dies die Rechtfertigung fehlender Verfügungsmacht, sind unlösbar der Trägerperson zugehörig und ähnlich wie verfassungsrechtliche Grundrechte Ausdruck einer auch den Rechtsträger bindenden Werteordnung.

Allerdings kollidiert die Idee der Kongruenz vom *Ich* und dem Gut mit den Verfügungschancen, die das *Mein* eröffnet. Und immer stärker wird das Leitdogma der Unverfügbarkeit durch eigentumsnahe Positionsbezüge der Literatur herausgefordert. Sie orientieren sich regelmässig an den übertragbaren und mehrheitlich auch vererbbaaren *Property rights*<sup>76</sup> an persönlich geprägten Gütern des US-amerikanischen Rechts. Zu diesen gehört das *Right*

<sup>71</sup> Dieser Begriff, der für „eine besondere Kategorie der Privatrechtsverhältnisse“ stehen sollte, ist auf *Karl Gareis* zurückzuführen; vgl. *Gottwald* (Fn. 30), 23.

<sup>72</sup> Vgl. *Hubmann* (Fn. 13), 113 ff., ausführlich zur Integration der Persönlichkeitsrechte ins Zivilrecht *Klippel* (Fn. 70) 132, 137 ff.

<sup>73</sup> Vgl. auch *Damm*, Persönlichkeitsrecht und Persönlichkeitsrechte – Identitäts- und Autonomieschutz im Wandel, in: *Heldrich/Schlechtriem/Schmidt* (Hrsg.), *Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis*. Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München 1998, 115, 133 ff.

<sup>74</sup> Was zugleich das Wesen des absoluten Rechts ausmacht, vgl. *Gottwald* (Fn. 30), 189 ff.

<sup>75</sup> Vgl. für die Schweiz: *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 45), N 10.23; *Schmid*, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N 828; *Bächli* (Fn. 5), 127; *Brückner* (Fn. 46), N 419; *Meili*, in: *Honsell/Vogt/Geiser* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 28 ZGB, N 7; *Pedrazzini/Oberholzer* (Fn. 45), 176 ff.; *Hausheer* (Fn. 38), 319, 324; *Riemer*, *Personenrecht des ZGB*. Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002, N 293; *Geiser* (Fn. 45), 16. Für Deutschland nur *Hubmann* (Fn. 13), 132; *Peifer* (Fn. 4), 271 f. m.w.H.

<sup>76</sup> Zum Begriff des *Property right* *Peifer* (Fn. 4), 279 f. Danach stellen *Property rights* im US-amerikanischen Verständnis „begrenzte Verfügungsrechte, sog. Rechtsbündel, aber kein umfassendes Konzept der Inhaberschaft, wie etwa das deutsche Recht an körperlichen Sachen, dar (...) (...) Funktionell entsprechen *property rights* durchaus der dogmatischen Figur des subjektiven Rechts. (...) Das US-amerikanische Verständnis verharrt aber noch auf der herrschaftsähnlichen Deutung subjektiver Rechte. Tatsächlich lässt sich der Begriff *Property* keineswegs verkürzt als Sacheigentum übersetzen. Es handelt sich vielmehr nach US-amerikanischem Verständnis um das Recht, Vermögenswerte zu erwerben, zu geniessen und zu übertragen (...)“.

of publicity,<sup>77</sup> das umfassende Recht der Person, ihren Namen, ihr Erscheinungsbild oder sonstige persönliche Attribute in kommerzieller Weise zu nutzen.<sup>78</sup> Das *Right of publicity* wurde im Jahr 1953 durch eine Entscheidung des *United States Court of Appeal for the Second Circuit*<sup>79</sup> als Abspaltung des *Right of privacy* aus der Taufe gehoben, weil Letzteres versagt, sobald Betroffene auf den Anonymitätsschutz durch den Gang an die Öffentlichkeit verzichten. Wenngleich es seinen Ursprung in der *appropriation*-Fallgruppe des *Right of privacy* hat,<sup>80</sup> ist das *Right of publicity* im Sinne des dualistischen Systems eigenständig. Es bezweckt einzig die Protektion der Publizität und der damit verbundenen ökonomischen Interessen in der Öffentlichkeit<sup>81</sup> – freilich im Schutzzumfang begrenzt durch das elementare Prinzip amerikanischer Demokratie, das *Right of free speech*<sup>82</sup>. Zur philosophisch-theoretischen Fundierung des *Right of publicity* wird regelmässig das im Gegensatz

<sup>77</sup> Das *Right of publicity* ist in etwa der Hälfte der Bundesstaaten gesetzlich oder über das *Common Law* anerkannt. Auf Bundesebene nehmen der *Restatement of Torts* sowie der *Restatement of Unfair Competition* darauf Bezug; vgl. dazu *Gauss* (Fn. 4), 205.

<sup>78</sup> Zum *Right of publicity* eingehend Götting (Fn. 53), 656, 659 ff.; Götting (Fn. 4), 191 ff.; Seemann (Fn. 5), 90 ff.; Peifer (Fn. 4), 274 ff.; *Gauss* (Fn. 4), 201 ff.; Biene (Fn. 5), 121 ff.

<sup>79</sup> *Haelen Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 f.2d 866 (2d Cir. 1953). Zu diesem Entscheid vgl. *Meurer* (Fn. 7), 105, 105 ff.; *Gauss* (Fn. 4), 204; *Seemann* (Fn. 5), 90 ff.

Der *United States Court of Appeal for the Second Circuits* ist allgemeine Rechtsmittelinstanz auf Bundesebene für die Staaten New York, Connecticut und Vermont.

<sup>80</sup> Die *appropriation*-Fälle betreffen die unbefugte Nutzung fremder Persönlichkeitsmerkmale für eigenständige Zwecke. Massgebliches Kriterium sind allerdings nicht wirtschaftliche, sondern seelische Beeinträchtigungen, weshalb „nur“ eine Verletzung des *Right of privacy* geltend gemacht werden kann; vgl. *Gauss* (Fn. 4), 203.

<sup>81</sup> Vgl. *Gauss* (Fn. 4), 206 f. Zu den Rechtsfolgen der Verletzung des *Right of publicity* gehört ein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, der zudem meist verschuldensunabhängig ist und ein Wahlrecht zwischen Gewinnherausgabe, Ersatz des entgangenen Gewinns oder angemessenen Lizenzgebühr vermittelt. Weiter besteht ein Anspruch auf Schadenersatz aus Delikt in Form der sogenannten *punitive damages*.

<sup>82</sup> Dabei ist zu bemerken, dass das *Right of publicity* nur die kommerzielle Ausbeutung von personalen Gütern erfasst. Es geht um Handel und Werbung. Informationen über die Prominenz sind damit nicht erfasst, selbst dann nicht, wenn der Verleger (auch) wirtschaftliche Motive verfolgt. Zum Beispiel kann ein Opfer eines Verbrechens nicht verhindern, dass sein Foto in einer Nachrichtensendung erscheint. Prominente Personen können den Gebrauch ihrer Kennzeichen in Zeitungen, Magazinen und Büchern nicht kontrollieren. Die Rede- und Pressefreiheit genießt in den USA hohen Schutz. Eher Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten Fälle der *Commercial Speech* in Form von Parodie. Zur grossen Bedeutung des *Right of free speech* (hier eher in Abwägung mit dem *Right of privacy*), insbesondere bei Berichterstattung über Prominente, ausführlich *Gauss* (Fn. 4), 221 ff.

zur *Kantischen* Unverfügbarkeit stehende Arbeits- und Eigentumsparadigma von *John Locke* herangezogen: „(...) so hat doch jeder Mensch ein Eigentum an seiner eigenen Person (...). Die Arbeit seines Körpers und das Werk seiner Hände, so können wir sagen, sind im eigentlichen Sinne sein“.<sup>83</sup> Dieser auch als *Self-Ownership* bekannten theoretischen Grundlegung verpflichtet, vertreten einzelne Autoren gar ein *Right of commerciality*. Als *Property right* des Menschen am kommerziellen Wert seines Körpers soll es nicht nur Schutz vor Fremdverwertung von Körpersubstanz bieten, sondern auch lizenzierbar, übertragbar und vererblich sein.<sup>84</sup>

#### IV. Die Kommerzialisierung der eigenen Person zwischen Verpflichtung und Verfügung

##### 1. Übertragbarkeit persönlichkeitsrechtlicher Positionen?

###### a) Von der gebundenen Rechtsübertragung zum Immaterialgüterrecht an der Identität

Dem *Right of publicity* oder *Right of commerciality* vergleichbare Eigentumspositionen sind kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen – noch – fremd. Nun ist im Grundsatz *Ihering* beizupflichten, dass „das Recht (...) sich nur dadurch verjüngen [kann], dass es mit seiner eigenen Vergangenheit auf-räumt“.<sup>85</sup> Eine solche Zäsur bahnt sich seit wenigen Jahrzehnten an. Über die Anerkennung wirtschaftlicher Aspekte zivilrechtlichen Persönlichkeits-schutzes hinaus sind sowohl in Deutschland wie in der Schweiz Bestrebungen erkennbar, die Unverfügbarkeit höchstpersönlicher Rechte zu überwinden. Konnte man bezogen auf den Eigentumsbegriff der Naturrechtslehre noch

<sup>83</sup> *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung (Two Treatise of Government), Stuttgart 1981 (1690), 21 f., 24, 29. Zur *Lockschen* Eigentumstheorie eingehend *Hecker*, Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs, Paderborn/München/Wien u.a. 1990, 165 ff.

<sup>84</sup> Vgl. *Cohen* in seiner programmatischen Schrift *Self-ownership, freedom and equality*, Cambridge 1995, 68: „According to the thesis of self-ownership, each person possesses over himself, as a matter of moral right, all those rights that a slaveholder has over a complete chattel slave as a matter of legal right, and he is entitled, morally speaking, to dispose over himself in the way such a slaveholder is entitled, legally speaking, to dispose over his slave.“ Die Begründung mit der *Lockschen* Eigentumstheorie wird mit dem Argument kritisiert, dass diese nicht auf den Körper des Menschen als Substanz oder Materie bezogen war, sondern den arbeitenden Körper und seine Früchte im Blick hatte; vgl. *Gebring* (Fn. 16), 41, 48 ff.

<sup>85</sup> *von Ihering*, Der Kampf ums Recht (1872), 3. Aufl., Frankfurt am Main 1960, herausgegeben von *Wolf*, 10.

von einer „Personalisierung des Eigentums“ sprechen,<sup>86</sup> geht es heute um die Verdinglichung der Person. Wegen der Bedeutung kommerzialisierter Persönlichkeitsaspekte im Wirtschaftsleben sei das Bedürfnis anzuerkennen, verlässliche, beständige, absolut geschützte Rechtspositionen an fremden Persönlichkeitsgütern einräumen zu können.<sup>87</sup> Die Vielfalt der im deutschen Schrifttum diskutierten dogmatischen Konstruktionen, welche dies gewährleisten sollen, ist aus Sicht einer Schweizerin bemerkenswert. Skizzenhaft und aus eben dieser fremden Sicht erzählt bilden das eine Ende der Skala die übertragbare Einwilligung<sup>88</sup> und einen denklogischen Schritt weiter die Einräumung von Nutzungsrechten mit absoluter Wirkung.<sup>89</sup> Angesichts struktureller Parallelität zum Urheberrecht<sup>90</sup> liegt es nahe, dafür die einer monistischen Koexistenz<sup>91</sup> von ideellen und wirtschaftlichen Interessen verpflichtete Konstruktion der *gebundenen Rechtsübertragung* heranzuziehen.<sup>92</sup> Weiter können die Auffassungen differenziert werden danach, ob die Einräumung einer absolut wirkenden Rechtsposition nur an bereits *vergegenständlichten* Persönlichkeitsaspekten möglich sein soll,<sup>93</sup> oder ganz allgemein an fremden, auch noch nicht in einem Foto oder auf einem Tonband materialisierten Äußerungen. Schliesslich und am weitesten gehend wird vertreten, vermögensrechtliche Positionen seien aus dem Persönlichkeitsrecht herauszulösen und als Immaterialgüterrechte auszugestalten, entweder nur an einzelnen Persönlichkeitsaspekten<sup>94</sup> oder als ein frei übertragbares Recht am Persönlichkeitsbild.<sup>95</sup> Letzteres entspricht dem US-amerikanischen *Right of publicity* einiger

<sup>86</sup> Klippel (Fn. 70) 132, 136.

<sup>87</sup> Vgl. Forkel, Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, 491, 492 f.

<sup>88</sup> Vgl. Götting (Fn. 4), 272.

<sup>89</sup> Vgl. Götting (Fn. 4), 278 ff.; Forkel (Fn. 87), 491, 491 ff. Im deutschen Diskurs ist häufig die Rede von dinglichen oder gegenständlichen Nutzungsrechten. Zur Problematik des Gebrauchs der Begriffe „dinglich“ und „gegenständlich“ ausführlich Hilty, Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001, 108 ff.

<sup>90</sup> Vgl. zur strukturellen Parallelität von Urheberrecht und allgemeinem Persönlichkeitsrecht Sosnitza, Die Zwangsvollstreckung in Persönlichkeitsrechte – Plädoyer für eine Neuorientierung, JZ 2004, 992, 999.

<sup>91</sup> Zur monistischen Theorie zum Beispiel Rehnbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, N 21.

<sup>92</sup> Grundlegend Forkel, Gebundene Rechtsübertragungen, Bd. 1, Erlangen 1977, 44 ff.; Forkel (Fn. 87), 491, 493 ff.; ausführlich auch Halász (Fn. 4), 138, 143 ff.

<sup>93</sup> Vgl. Götting (Fn. 4), 279 f.

<sup>94</sup> Zum Beispiel nur an den besonderen Persönlichkeitsrechten, das heisst am Namen (Art. 12 BGB) und am Bildnis (Art. 22 KUG), vgl. Freitag (Fn. 3), 162 ff.; Ullmann (Fn. 45), 209, 214.

<sup>95</sup> Beuthien/Schmölz (Fn. 4), 16 f., 64.



Staaten, wonach das exklusive Publizitätsrecht nicht nur das Bildnis oder der Name erfasst, sondern schlicht alles, was die Erinnerung an eine bestimmte Person evoziert, auch Redewendungen, Tattoos, frühere Namen, Kleidungsstücke und Verhaltensweisen.<sup>96</sup> Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, ein so konzipiertes Persönlichkeitsgüterrecht ergebe sich ohne Weiteres aus dem richtigen Verständnis des geltenden Rechts selbst,<sup>97</sup> oder aber es sei durch Rechtsfortbildung *praeter legem* zu erreichen.

Die intensive Diskussion dieser Konzeptvariationen in Deutschland ist nicht ohne Wirkung auf die Schweizer Literatur geblieben, die ebenfalls zunehmend vom US-amerikanischen Recht inspirierte Persönlichkeitsverwertungsrechte als Perspektive wünschenswerter Entwicklung zeichnet.<sup>98</sup> Eine Vertiefung der Ansätze ist im vorliegenden Rahmen nicht leistbar, weshalb wenige kritische, zugegeben apodiktisch referierte Gedanken zur Übertragbarkeit vermögensrechtlicher Komponenten des Persönlichkeitsrechts genügen müssen.

### *b) Ablösung und Neuordnung von Person und Gut*

Die im Schrifttum am häufigsten genannte Indikation für die Übertragbarkeit vermögenswerter Persönlichkeitsgüter ist deren Ablösbarkeit von der Person.<sup>99</sup> Dies erinnert an die von *Kohler* beschriebene zeitgeschichtliche Ausgangsposition, wobei die Ablösung im Kontext der Verfügungsfähigkeit wohl eine andere Qualität aufweisen muss als die bloße Unterscheidbarkeit von Rechtsträger und Schutzobjekt. Was genau diese qualifizierte Ablösungs-

<sup>96</sup> Bekannt geworden ist in den USA der Fall *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 f.2d 1395 (9th Cir. 1992). Im Rahmen einer Werbekampagne wurde anstelle der blonden Spielshow-Moderatorin Vanna White ein Roboter mit blonder Perücke gezeigt, der ein futuristisches Spielrad dreht. Vanna White klagte wegen Verletzung ihres *Right of publicity*. Das Gericht entschied zu ihren Gunsten und sah eine Verletzung ihres *Right of publicity* in der mangelnden Zustimmung zu einer solchen Nutzung.

<sup>97</sup> *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 32 ff.; *Ullmann* (Fn. 45), 209, 214.

<sup>98</sup> Zum Beispiel *Biene* (Fn. 5), 148 ff., 167 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Forkel* (Fn. 87), 491, 493 ff.; *Ullmann* (Fn. 45), 209, 210. Die Rhetorik der Ablösbarkeit hat sich besonders in Anlehnung an das *Marlene Dietrich*-Urteil, BGH NJW 2000, 2195 ff. (und die gleichentags ergangene *Der blaue Engel*-Parallelentscheidung) und die dort vertretene Auftrennung des Persönlichkeitsrechts in verschiedene Bestandteile durchgesetzt; vgl. *Wagner*, Anmerkung zu BGH, 1.12.1999, (OLG München) – „Der blaue Engel“, GRUR 2000, 715, 717 ff., wobei unklar bleibt, ob die Beschreibung des Persönlichkeitsrechts als Vermögensrecht (718), die Vermögensinteressen an der Persönlichkeit (717) und die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts (BGH) dasselbe umfassen. Kritisch zur Rhetorik und Möglichkeit der Ablösbarkeit *Lichtenstein* (Fn. 4), 230 ff.; *Peifer* (Fn. 4), 271 ff.

fähigkeit ausmacht, bleibt allerdings diffus. Teils wird schlicht darauf verwiesen, der Prozess der Verselbständigung habe sich durch die *Faktizität* der Kommerzialisierung verstärkt oder eine Trennlinie zwischen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten, die traditionell entlang der Möglichkeit des Eigenlebens der Entäusserung gezogen wird,<sup>100</sup> werde immer schwieriger.<sup>101</sup> Das ist eine zirkulär angelegte Argumentation mit der Normativität des Faktischen; sie erklärt weder, weshalb dieser Prozess für die rechtliche Qualifizierung einer Position entscheidend ist, noch wie sich der Zustand der Ablösung präsentiert. Ist sie vom Willen der Person abhängig? Oder von einem materiellen Träger, zum Beispiel in Form der elektronischen Aufzeichnung von Lebenserzählungen, der Speicherung persönlicher Daten? Sind Körperteile, sobald sie dem Körper entnommen sind, die vollkommene Verdinglichung im Sinne der Ablösungstheorie und daher die darauf bezogenen Bestimmungsrechte einer Übertragung zugänglich?<sup>102</sup>

Der Topos der Ablösbarkeit erweist sich als wenig hilfreich, denn er kann wohl nur den Sachverhalt meinen, dass das Gut auch ausserhalb der Person *verfügbar* ist, was für jede *zugriffsoffene* Rechtsposition zutrifft und für sich alleine kaum eine zivilrechtsdogmatische Grundlage für deren eigentumsähnliche Ausgestaltung abgibt.<sup>103</sup> Ebenso wenig vermag die sinnliche Wahrnehmbarkeit als Anknüpfungspunkt rechtlicher Gestaltung von Persönlichkeitsgütern zu überzeugen, weil höchstpersönliche Interessen trotz so genannter Vergegenständlichung bestehen bleiben, wie das Beispiel abgetrennter Körperteile, die nach herrschender Lehre trotz sachenrechtlicher Qualifizierung persönlichkeitsrechtlich gebunden bleiben,<sup>104</sup> in zugespitzter Weise veranschaulicht. Das potenziell ubiquitäre Dasein einer Persönlichkeitsäusserung

<sup>100</sup> Der Ansatz, Immaterialgüterrechte und Persönlichkeitsrechte nach dem Grad der Löslösung des Guts von der Person, der Verselbständigung und Verkehrsfähigkeit zu unterscheiden, wird auf *Kohler* zurückgeführt; *Peifer* (Fn. 4), 142 f.; *Kastl* (Fn. 32), 45.

<sup>101</sup> So *Weber* (Fn. 5), 411, 421.

<sup>102</sup> Vgl. auch die Fragen bei *Helle* (Fn. 7), 448, 469 f.

<sup>103</sup> Zumal nicht das Substrat, das Bild oder die Niere in Frage stehen, sondern das immaterielle Recht, über ihren Gebrauch zu bestimmen.

<sup>104</sup> Vor ihrer Trennung vom Körper sind eigentumsrechtliche Positionen an Körpersubstanzen nicht möglich; vgl. für Deutschland statt Vieler *Schünemann* (Fn. 15), 29 ff. m.w.H.; *Taupitz*, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089, 1091; für die Schweiz: *Kälin*, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 2002, 64; *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Bern 2000, N 101.

Vom Körper getrennte Körpermaterialien hingegen besitzen grundsätzlich die Sacheigenschaften; zum Schweizer Recht: *Kälin*, 88 f.; *Rey* (Fn. 104), N 106 ff.; zum deutschen Recht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 5. Aufl., Berlin 2003, 424 f.; *Taupitz*, AcP 191 (1991) (Fn. 18), 201, 208 f. Etwas anders der BGH in der *Sperma*-Entscheidung:

kann die Art des subjektiven Rechts nicht präjudizieren; die Zuordnung ist auch keine empirisch-räumliche, sondern eine normative.<sup>105</sup> Und der Aufspaltung heute anerkannter Persönlichkeitsgüter in vermögensrechtliche und ideelle Teilaspekte steht genau das entgegen, was sie im Kern ausmacht: Ihr Wesen als organische Erweiterung oder als symbolhafte Verkürzung des *In-Dividuums*.<sup>106</sup> Denn der intrinsische Wert von Persönlichkeitsgütern liegt im Verweis auf die Person.<sup>107</sup> Eine vermögenswerte Nutzung kann deshalb eine ideelle Verletzung darstellen, die sich wiederum auf den Vermögenswert des Guts auswirkt: Wenn *Naomi Campbell* beim Verlassen einer Sitzung des Vereins der anonymen Suchtkranken fotografiert und das Bild ohne ihre Einwilligung veröffentlicht wird,<sup>108</sup> dann ist durch die kommerziell gefärbte Nutzung zu-

BGHZ 124, 52, wonach dann, wenn eine Wiedervereinigung der Substanz mit dem Ursprungskörper geplant ist, das abgetrennte Körpermaterial eine zu schützende funktionale Einheit mit dem Körper bilde. Folglich sei deren Beschädigung oder Vernichtung als Körperverletzung zu betrachten. Zum Entscheid ausführlich und zustimmend *Freund/Heubel*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, 194 ff. Die Entscheidung ist aber verschiedentlich auch auf Kritik gestossen; vgl. *Taupitz*, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, 745, 746 ff.; *Voss*, Die Durchkreuzung des manifestierten Familienplanes als deliktische Integritätsverletzung, VersR 1999, 545 ff.; *Voss*, Vernichtung tiefgefrorenen Spermas als Körperverletzung? Deliktsrechtliche Probleme ausgelagerter Körpersubstanzen des Menschen, Diss. Paderborn 1997.

Ausführlich zu den verschiedenen Thesen rechtlicher Bewertung der Körpersubstanz nach deren Entnahme *Taupitz* (Fn. 104), 1089, 1092 ff.; *Halász* (Fn. 4), 20 ff.; *Deutsch* (Fn. 16), 161, 173; *Ehrlich* (Fn. 17), 16 ff., insbesondere 37 ff.; *Müller* (Fn. 17), 34 ff., insbesondere 38 ff.; *Schröder/Taupitz* (Fn. 4), 35 ff.; *Schünemann* (Fn. 15), 97 ff. Den verschiedenen Begründungsvarianten ist gemeinsam, dass eine persönlichkeitsrechtliche Beziehung zu vom Körper getrennten Substanzen unabhängig von der Frage des Eigentums bejaht wird. So schon früh *Forkel*, Verfügungen über Teile des menschlichen Körpers. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Erfassung von Transplantationen, JZ 1974, 593, 595 f. Entscheidend für das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung im Sinne der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts bei ungenehmigter Nutzung der Substanz sind eine ganze Reihe von Faktoren: vgl. *Ehrlich* (Fn. 17), 81 ff.; *Schröder/Taupitz* (Fn. 4), 101 f.

<sup>105</sup> So für getrennte Körpersubstanzen von *Freier* (Fn. 65), 321, 325. Vgl. ähnlich *Peukert*, Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?, ZUM 2000, 710, 713.

<sup>106</sup> Denn Persönlichkeitsgüter nehmen kein selbstständiges Wesen an, dies im Unterschied zu Rechten an objektiven geistigen Gütern wie das Werk oder die Erfindung. Vgl. auch *Peukert* (Fn. 105), 710, 713 f.

Vgl. auch *Peifer* (Fn. 4), 143, wonach das Bildnis, der Name oder die auf einem Träger fixierte Stimme und das gesprochene Wort des Stars nur Symbole für den Star selbst sind und die Funktion, auf die dahinterstehende Person hinzuweisen, auch dann behalten, wenn sie vervielfältigt und auf anderen materiellen Trägern verbreitet werden.

<sup>107</sup> Vgl. *Lichtenstein* (Fn. 4), 230; *Peifer* (Fn. 4), 147 f.; *Peifer* (Fn. 46), 495, 499; *Abrens* (Fn. 4), 71 f.

<sup>108</sup> Zu diesem Sachverhalt und englischen Entscheid, vgl. *Hoppe*, *Campbell v Mirror Ltd.* – das „Modell“-Urteil zu Privacy?, ZUM 2005, 41, 42 ff.

nächst das Recht am eigenen Bildnis betroffen, dem im Falle *Campells* sicherlich ein Vermögenswert innewohnt. Das beeinträchtigte Interesse *Campells* ist aber in erster Linie ein ideelles, aber vielleicht nicht nur, zumal die Beeinträchtigung sich auf den besagten Vermögenswert negativ auswirken kann. Eine dichotomische Erfassung dieser Interessenlage scheint weder möglich noch tunlich.<sup>109</sup>

### c) Herrschaftsrecht und Rechtsverzicht

Die Gefahr, die von einer Konzeption von zugriffsoffenen Positionen als Verfügungsgegenstände ausgeht, ist evident: Dritte können „nicht mehr rückrufbare Kontrollbefugnisse“<sup>110</sup> über fremde Persönlichkeitsgüter erwerben und sie in einer Weise ausüben, die sich gegen die ursprüngliche Trägerperson richtet, womit genau das erreicht wird, was das Persönlichkeitsrecht abwehren soll.<sup>111</sup> Selbst wenn man die Möglichkeit der Übertragung der Rechtszuständigkeit auf bereits materialisierte Persönlichkeitsäusserungen einschränkt, das heisst *nur* die Aufgabe der Selbstbestimmung an ausgewählten Bildern, Aufnahmen oder Keimzellen<sup>112</sup> zulässt, so liegt darin dennoch die Gefahr, dass die nachfrageorientiert produzierten Bilder des

<sup>109</sup> Vgl. auch *Peukert* (Fn. 105), 710, 714, kritisch zum *Marlene Dietrich*-Urteil, BGH NJW 2000, 2195 ff.: „Im Übrigen erscheint der Begriff der „vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts“ zu unbestimmt, weil er tragend von den daran bestehenden Interessen geformt wird. Auch die Befugnis zu entscheiden, ob der eigene Name zu Werbezwecken benutzt werden darf, stellt nur insofern einen vermögenswerten, vererblichen Bestandteil des Persönlichkeitsrechts dar, „soweit sie dem Schutz kommerzieller Interessen des Namensträgers dient“. Es hängt also von den bei der Verwendung der Persönlichkeitsmerkmale tangierten Interessen des Verstorbenen ab, ob der Erbe hinsichtlich einer konkreten Benutzungshandlung eine Rechtsposition inne hat oder nicht. Es kann aber weder für diese Entscheidung noch für die dogmatische Einordnung dieser Rechte auf die im Einzelfall oder der Mehrzahl der relevanten Lebenssachverhalte tangierten Interessen abgestellt werden, da eine rechtsdogmatische Einordnung eines Rechts auf der Basis der geschützten Interesse Bedenken obliegt, da diese Interessen keine festen Grössen und in ihrer Betonung variable sind. So dient das Eigentum als Prototyp eines Vermögensrechts auch und im Einzelfall ausschliesslich ideellen Interessen (vgl. § 903 BGB). Dass der Verletzte sich bei einem Eingriff in das Recht am eigenen Bild also im Einzelfall (nur) materiell geschädigt fühlt, ist daher nicht entscheidend“.

<sup>110</sup> *Peifer* (Fn. 4), 292.

<sup>111</sup> Vgl. auch *Bächli* (Fn. 5), 169; *Weber* (Fn. 5), 411, 422; *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 193; *Lichtenstein* (Fn. 4), 229 f. In diesem Kontext ist das Verbot der Entäusserung künftiger Selbstbestimmung des Art. 27 ZGB zu lesen, wobei davon unabhängig die Massgeblichkeit des Trägerwillens den Persönlichkeitsrechten wesensimmanent ist.

<sup>112</sup> Art. 15 Abs. 3 des schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) sieht allerdings die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit des Keimzellenspenders vor.

*Eigen-Seins* zu einem späteren Zeitpunkt in Widerspruch zum Selbstverständnis geraten. Die Verfügungsmacht ist dann allerdings verbraucht, die Biographie *ent-eignet*, auf Präsentationen und Werthaltungen kann man nicht mehr zurückkommen.<sup>113</sup> In drastischer Weise zeigten sich diese Konsequenzen im Urteil des *New Yorker Court of Appeal* im Fall *Brooke Shields v. Garry Gross* im Jahr 1983. Im besagten Fall hatte die Mutter der international bekannten *Brooke Shields* einem Zeitschriftenverlag die Rechte an Aktfotos der damals zehnjährigen Tochter abgetreten. Die Bilder wurden einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. *Brooke Shields* wehrte sich Jahre später gegen eine Neuveröffentlichung der Bilder: ohne Erfolg.<sup>114</sup> Solche erstarrten und dissonanten Beziehungen zwischen der Person und den von ihr geprägten und verselbständigten Äusserungen sind kaum zu vereinbaren mit der Identitätssemantik der Moderne und der Kontingenz und Unbeständigkeit des Selbstverstehens.

#### d) Die Leistung des Seins

Hieran anknüpfend sei noch eine letzte Apologie der Herrschaftsrechte kritisch erwähnt: Die Verknappung der zugriffsoffenen Güter durch exklusive Zuweisung verbunden mit der Gewährung eines Verfügungsrechtes soll im Sinne des bereits erwähnten *Lockschen* Eigentumsparadigmas der Allokationsgerechtigkeit und im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts der Allokationseffizienz dienen.<sup>115</sup> Die Berechtigung das zu *haben*, was die eigene Person abwirft, sei nicht zuletzt ein Vermögensrecht, welches aufgrund kollektiver Nützlichkeitsabwägungen utilitaristischer Provenienz der ökonomischen Logik zu folgen habe.

Damit sind abermals Grundfragen des *Seins* angesprochen. Prominenz und wertvolles Körpermaterial sind nur zu einem geringen Teil Ergebnis ausserordentlicher Leistungen.<sup>116</sup> Beteiligt sind sozialpsychologische Konstruktionsprozesse und wissenschaftliche Errungenschaften, weshalb Monopolbildungen in der Persönlichkeitsgüternutzung mit ihren kultur-, gesundheits- und forschungspolitischen Implikationen einer Begründung bedürfen. Diese

<sup>113</sup> Vgl. auch *Peifer* (Fn. 4), 293.

<sup>114</sup> *Shields v. Gross*, 58 N.Y.2d 388, 461 N.Y.S.2d 254 (1983).

Im US-amerikanischen Recht ist umstritten, inwiefern dem Veräusserer trotz Übertragung des Rechts ein moralisches Kontrollrecht verbleibt. Zugunsten eines solchen spricht, dass das *Right of privacy* nicht übertragbar ist und nach wie vor geltend gemacht werden kann, wenn nicht die kommerzielle Auswertung des Gutes zur Debatte steht. Vgl. *Gauss* (Fn. 4), 241 f.

<sup>115</sup> Vgl. zum Beispiel *Wagner* (Fn. 99), 715, 718 f.

<sup>116</sup> Dies im Unterschied zu Immaterialgütern, welche Ergebnis eines schöpferischen Aktes sind.

ist im Wesentlichen im bereits erwähnten Paradigma der Selbstbestimmung zu finden. Das Selbstbestimmungsrecht wiederum bezieht seine Berechtigung aus der wesensimmanenten Bindung des Guts an die Person. Folgerichtig kann das Zuordnungsprivileg nur für die Trägerperson selbst gelten. *Weil zum Schutz des Ich zugeteilt, kann das Recht nur mein sein.*

## 2. Von der Einwilligung und dem Lizenzvertrag

### a) Rechtsausübungsverzicht oder Konkretisierung der Selbstbestimmung

Aus den Bedenken gegenüber einer eigentumsähnlichen Ausgestaltung von Persönlichkeitsgütern folgt freilich nicht, dass diese dem Rechtsverkehr entzogen sind. Bereits jede empirisch motivierte Beobachtung verbietet eine solche Annahme. Allerdings ist die rechtsdogmatische Ausgestaltung gewollter Kommerzialisierung personaler Güter nach wie vor mit zahlreichen Unsicherheiten belastet.

Nach traditioneller Lehre ist die *Einwilligung* das Instrument für Dispositionen über Persönlichkeitsgüter.<sup>117</sup> So unterschiedlich aber ihre Funktionen in höchstpersönlichen und vermögensrechtlichen Kontexten sind, so zahlreich die vertretenen dogmatischen Erklärungsmodelle und rechtlichen Gestaltungsformen.<sup>118</sup> Im persönlichkeitsrechtsbezogenen Zusammenhang dominiert in der Schweiz die Auseinandersetzung darum, ob die Einwilligung rechtswidrigkeits- oder tatbestandsausschliessend ist. Diese rechtsdogmatische Einordnungsfrage korrespondiert – stark vereinfachend – mit zwei möglichen Lesarten der Einwilligung selbst: als Verzicht auf die Schutzwirkung des Persönlichkeitsrechts oder als Aktualisierung der Selbstbestimmung. Die Einräumung von Nutzungsrechten erscheint dann als Verzicht vom Schutzrecht Gebrauch zu machen, wenn Persönlichkeitsgüter einzig von der Ausschlussbefugnis her gedeutet werden.<sup>119</sup> An die Einwilligung als *Zustand* schliesst weiter ihre jederzeitige Widerrufbarkeit an: Die Eingriffsbefugnis bleibt von der Willkür des Einwilligenden abhängig.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Für die Schweiz: *Aebi-Müller* (Fn. 3), 92 ff.; *Hausbeer/Aebi-Müller* (Fn. 45), N 12.16 ff.; *Bächli* (Fn. 5), 86 ff.; *Brückner* (Fn. 46), N 439, 446 ff.; *Pedrazzini/Oberholzer* (Fn. 45), 145; für Deutschland: *Götting* (Fn. 4), 142 ff.; *Peifer* (Fn. 4), 312 ff.; *Ohly* (Fn. 33), 11, 16 ff., 55 ff.

<sup>118</sup> Ausführlich und differenziert *Ohly* (Fn. 33), 11 ff.

<sup>119</sup> Vgl. auch *Bächli* (Fn. 5), 128 f.

<sup>120</sup> Vgl. auch *Ohly* (Fn. 33), 176 f., wonach die widerrufliche Einwilligung zwar die Rechtmässigkeit der betreffenden Handlung bewirke, aber keine Rechtsposition vermittele, die in ihrem Bestand vom Willen des Einwilligenden unabhängig ist. Damit fehle ihr das für subjektive Rechte konstitutive Element der Durchsetzbarkeit gegen-

*b) Vertragliche Dispositionen und ihre Grenzen*

Diese im Deliktsrecht angelegte, eingriffsbezogene Betrachtung persönlichkeitsrechtlicher Einwilligungen greift für die Verwertung zahlreicher *zugriffsoffener* Positionen zu kurz – obschon sie besonders in der Schweiz nach wie vor hohe Präferenz genießt, was auf die rechtstechnische Vorgabe in Abs. 2 des Art. 28 ZGB zurückzuführen ist, wonach erst die Einwilligung die Widerrechtlichkeit des Rechtseingriffs beseitigt.<sup>121</sup> Bezieht man Art. 27 ZGB ins Blickfeld ein, so verschiebt sich die Perspektive zugunsten einer schuldrechtlichen Erfassung des Verwertungsvorgangs,<sup>122</sup> zumal aus dem Verbot übermässiger Freiheitsbeschränkung *e contrario* die Zulässigkeit massvoller Selbstbindung gefolgert werden kann.<sup>123</sup> Der Perspektivenwechsel vom *Verzicht* auf Rechtsmacht hin zum *Einräumung* von Rechtsmacht vollzieht sich sowohl in Deutschland wie in der Schweiz. Nach zutreffender Ansicht sind besonders Güter mit Kennzeichnungsfunktion in nicht unerheblichem Ausmass rechtsgeschäftlicher Bindung zugänglich, und zwar ohne dass eine Materialisierung des Kennzeichens bereits hergestellt sein müsste.<sup>124</sup> Sie können auch Gegenstand eines erweiterten Rechtsverkehrs werden, wenn dem obli-

über dem Verpflichteten. Die Funktion der Einwilligung im engeren Sinne reduziere sich auf das Instrument der Selbstbestimmung über Persönlichkeitsaspekte, die nicht Gegenstand von Rechtsübertragungen oder von bindenden schuldrechtlichen Vereinbarungen sein können. Diese Funktion komme vor allem im Medizinrecht zum Tragen, da unwiderrufliche Gestattungen zu Eingriffen in die körperliche Integrität ausgeschlossen sind.

<sup>121</sup> So insbesondere *Aebi-Müller* (Fn. 3), 93 ff. Schützt das Persönlichkeitsrecht aber einzig die Selbstbestimmung, so schliesst die Einwilligung bereits den Tatbestand der Persönlichkeitsverletzung aus; vgl. *Aebi-Müller* (Fn. 3), 94 ff.; *Bächli* (Fn. 5), 49, 86, wobei die beiden Autoren wohl unterschiedliche Sachlagen im Blickfeld haben. In der Schweizer Literatur wird die jederzeitige Widerrufbarkeit der Zustimmung gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB vertreten, mit der Einschränkung, dass bei unzeitgemäßem Widerruf allenfalls dem Vertragspartner Schadenersatz nach Auftragsrecht (Art. 404 OR) geschuldet ist; vgl. *Bächli* (Fn. 5), 129 f.; *Geiser* (Fn. 45), 133. Kritisch gegenüber der allgemeinen Widerrufbarkeit bereits *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 187 f.

<sup>122</sup> Vgl. auch *Hilty* (Fn. 5), 259, 277 f., Art. 27 und 28 ZGB seien nicht beide als reine Abwehrrechte zu sehen, sondern insbesondere Art. 27 ZGB beinhalte auch einen Anspruch des Geschützten, sich schuldrechtlich zu verpflichten. Vgl. für Deutschland ausführlich *Ahrens* (Fn. 4), insbesondere 354 ff.

<sup>123</sup> Das Ausmass möglicher Disposition und Bindung ist nicht dem Begriff der Einwilligung selbst zu entnehmen, sondern der Natur des jeweiligen Rechtsgutes; vgl. *Obly* (Fn. 33), 349; ähnlich *Ahrens* (Fn. 4), 310.

<sup>124</sup> Vgl. ausführlicher *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 184 ff. Vgl. zum schuldrechtlichen Gestattungsvertrag auch eingehend *Obly* (Fn. 33), 165 ff. Mit dem Gestattungsvertrag wird dem Gestattenden ein unabhängiges obligatorisches Eingriffs- oder Verwertungsrecht eingeräumt. Im Unterschied zum absoluten Recht fehlen die eigene Klagebefugnis gegen Dritte und der Sukzessionsschutz. In der Schweiz spricht man

torisch Nutzungsberechtigten die Möglichkeit eingeräumt wird, Unterlizenzen zu vergeben.<sup>125</sup>

Mit der Ablösung des deliktsrechtlichen Ansatzes durch vertragliche Strukturen stellen sich allerdings noch wenig geklärte Fragen nach persönlichkeitsrechtsspezifischen Schranken.<sup>126</sup> Die Notwendigkeit einer Verschärfung allgemeiner Grenzen schuldrechtlicher Bindung folgt daraus, dass das Persönlichkeitsgut unvermindert Garant ideeller Interessen ist, und diese wegen unteilbarer Verbundenheit durch die wirtschaftliche Fremdnutzung mitbetroffen sind.<sup>127</sup> Deshalb sind zeitlich stark ausgedehnte Verpflichtungen oder solche zu einem Tun, das eng mit persönlichen Werthaltungen verknüpft ist, zum Beispiel die entgeltliche Überlassung von Aktaufnahmen für eine Ausstellung, zwar nicht unzulässig, die besondere Natur des Vertragsgegenstandes gebietet aber die Vertragsauflösungsmöglichkeit aus höchstpersönlichen Gründen.<sup>128</sup> Dafür bietet Art. 27 ZGB selbst die Grundlage. Die Konkretisierung der dort angesprochenen Disponibilitätsgrenzen erfolgt in Würdigung der Gesamtbelastung.<sup>129</sup> Weil der Schutz vor einer an sich zulässigen, aber übermäßigen und deshalb persönlichkeitsverletzenden Bindung nicht um der öffentlichen Ordnung willen, sondern einzig zum Schutz des Rechtsträgers erfolgt, erkennen Lehre und Rechtsprechung nicht auf Nichtigkeit, sondern räumen dem zu Schützenden eine eigene Verteidigungsmöglichkeit in Form des Kündigungsrechts ein. Die nur um ihrer Bindungswirkung willen missbilligten Vereinbarungen sind aus dem traditionellen Zusammenhang unsittlicher Verträge und ihrer Nichtig-

---

von einem Lizenzvertrag, zumal diesem keine absolute Wirkung zukommt, vgl. *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 184 f.; *Weber* (Fn. 5), 411, 423 f., *Hilty* (Fn. 89), 28 ff.

Zu den möglichen *Vorausverfügungen* (Dispositionen über Persönlichkeitsgüter, die noch keine *Materialisierung* erfahren haben) vgl. *Lichtenstein* (Fn. 4), 260: „Während das Urheberrecht vor der Schaffung des zukünftigen Werkes noch gar nicht entstanden ist, gibt es das persönlichkeitsrechtliche Identitätsinteresse bei Vertragsabschluss stets schon“. A. A. *Forkel* (Fn. 87), 491, 499 f.

<sup>125</sup> Für die Schweiz *Büchler*, FS Rey (Fn. 5), 177, 190; *Bächli* (Fn. 5), 169; *Seemann* (Fn. 5), 204; BGE 52 II 276 ff. Gegenüber Unterlizenzen eher kritisch *Weber* (Fn. 5), 424. Solche Bindungen unterliegen freilich Grenzen, die sich aus dem persönlichkeitsrechtlichen Charakter ergeben. Vgl. für Deutschland *Forkel* (Fn. 87), 491, 497 ff.

<sup>126</sup> Vgl. dazu für das deutsche Recht *Obly* (Fn. 33), 353 ff.

<sup>127</sup> Vgl. *Lichtenstein* (Fn. 4), 251 ff.

<sup>128</sup> Eine veränderte moralische Einstellung zum Beispiel kann eine vorzeitige, von der vertraglichen Vereinbarung abweichende einseitige Vertragsauflösung rechtfertigen, nicht hingegen, dass ein anderer Interessent bereit ist, eine höhere Lizenzgebühr für die exklusive Nutzung des Persönlichkeitsgutes zu entrichten.

<sup>129</sup> Vgl. ausführlich *Bucher* (Fn. 39), Art. 27 ZGB, N 267 ff. Das Übermass vertraglicher Bindung drückt sich hauptsächlich in der Kombination der Dimensionen Zeit und Inhalt aus.



keitsfolge gelöst,<sup>130</sup> zugleich ist eine interessengerechte Konfliktlösung zwischen Vertrauen im Fortbestand der Gestattung und Schutz persönlicher Integrität gewährleistet.

Identische Ergebnisse lassen sich im deutschen Recht unter verschiedenen dogmatischen Präsentationen<sup>131</sup> und für die in der Persönlichkeit betroffene Person etwas erschwerten Voraussetzungen erzielen, wenn die Kündigungsregelung von Dauerschuldverhältnissen<sup>132</sup> oder ein Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung analog dem Urheberrecht<sup>133</sup> zur Anwendung gelangen. Ist den wenigen verbleibenden Konstellationen einer zu weitreichenden oder unbestimmten Bindung auch nicht mit einer von der Zweckübertragungslehre inspirierten Vertragsauslegung beizukommen,<sup>134</sup> so greift die Schranke der guten Sitten. Der traditionellen, wenig sachgerechten Nichtigkeitsfolge scheint man dann nur noch durch teleologische Reduktion des § 138 BGB entgegen zu können.<sup>135</sup>

### c) Bindungsfreiheit und Kommerzialisierungsverbot

Freilich gibt es einen persönlichkeitsrechtlichen Kernbestand, der absolute Bindungsfreiheit erfordert, also jede „Vorwegnahme der Zukunft“<sup>136</sup> verbietet.<sup>137</sup> Dieser besteht im Bereich *zugriffsoffener* Positionen im Wesentlichen aus Bestimmungsrechten an Körpersubstanz und genetischen Daten, die so-

<sup>130</sup> Für die Rechtsprechung: BGE 129 III 209 ff. Das Bundesgericht konstatiert weiter, der Anspruch auf Schutz vor übermässiger Bindung sei höchstpersönlicher Natur und folglich unvererblich, womit die Erben sich nicht auf die übermässige Bindung des Erblassers berufen können, wenn er dies nicht selbst getan hat (214); für die Lehre: *Bucher* (Fn. 39), Art. 27 ZGB, N 164.

<sup>131</sup> § 138 Abs. 1 BGB ist das funktionale Äquivalent zu Art. 20 OR; eine dem Art. 27 Abs. 2 ZGB entsprechende Bestimmung, die allein auf die in ihrer Freiheit zu schützende Person ausgerichtet ist, kennt das deutsche Recht nicht; vgl. *Bucher* (Fn. 39), Art. 27 ZGB, N 163 f. Zur Abgrenzung der Sachbereiche von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR im Schweizer Recht ausführlich *Bucher* (Fn. 39), Art. 27 ZGB, N 162 ff.

<sup>132</sup> § 314 BGB.

<sup>133</sup> § 42 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG).

<sup>134</sup> Vgl. *Lichtenstein* (Fn. 4), 245 f.

<sup>135</sup> Durch teleologische Reduktion und in Anlehnung an § 134 BGB wird § 138 BGB unter einen Normzweckvorbehalt gestellt, um der traditionellen Nichtigkeitsfolge zu entgegen. Vgl. *Staudinger/Sack*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, Berlin 2003, § 138 BGB, N 92 ff.

<sup>136</sup> *Egger*, zitiert nach *Jäggi* (Fn. 11), 206a.

<sup>137</sup> Dies entspricht dem sogenannten höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit, vgl. BGE 129 III 209 ff. Rechtsfolge dessen Verletzung ist die Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR. Zur Einordnung persönlichkeitsrechtswidriger Verträge vgl. *Kramer*, Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages. Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 19-20R, N 208 f.

wohl dem Selbstbindungsausschluss – in Form der Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Einwilligung – wie einem Kommerzialisierungsverbot – in Gestalt eines Entgeld- und Handelsverbots – unterliegen.<sup>138</sup> Ihre spezialgesetzliche Verankerung – in der Schweiz in Gesetzen zur Transplantation, Fortpflanzungsmedizin, Stammzellenforschung und zu genetischen Untersuchungen,<sup>139</sup> – ist Ausdruck der Bemühungen, der Erosion des gesellschaftlichen Konsenses darüber, was den Kräften des Marktes entzogen bleiben soll, entgegenzutreten.<sup>140 141</sup> Ob die Gleichzeitigkeit von selbstbestimmungsbezo-

<sup>138</sup> Dies gilt freilich nicht für Körpersubstanzen generell. Zahlreiches Körpermaterial (zum Beispiel Haare, Fingernägel, aber auch Plazenta) kann kommerzialisiert werden, ohne dass die Sittlichkeitsgrenze dies verbieten würde; vgl. *Taupitz* (Fn. 9), 51, 56 f., 68 ff.; vgl. *Ehrlich* (Fn. 17), 126 ff. Zu den Körpersubstanzen als Gegenstand von Rechtsgeschäften auch ausführlich *Müller* (Fn. 17), 87 ff.; zur Beurteilung der Rechtsgeschäfte im Hinblick auf § 138 Abs. 1 BGB siehe 104 ff.

<sup>139</sup> Vgl. dazu das Bundesgesetz über Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 8. Oktober 2004 (vom Parlament verabschiedet, tritt voraussichtlich am 1. Januar 2007 in Kraft); das Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz) vom 18. Dezember 1998; das Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen (Stammzellenforschungsgesetz) vom 19. Dezember 2003 sowie das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 8. Oktober 2004 (wird voraussichtlich Mitte des Jahres 2006 in Kraft gesetzt). Ein Bundesgesetz über die medizinische Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz) ist derzeit in Vorbereitung.

<sup>140</sup> Für Deutschland: § 17 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) verbietet den Handel mit menschlichen Organen, die für eine Heilbehandlung bestimmt sind; vgl. dazu *Halász* (Fn. 4), 112 ff. Aber auch die unentgeltliche Organspende Lebender unterliegt strengen Auflagen, vgl. § 8 TPG. Das Selbstbestimmungsrecht des Spenders über seinen Körper ist stark eingeschränkt. Das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Biomedizinkonvention) des Europarats vom 4. April 1997 statuiert gar eine allgemeine Kommerzialisierungsschranke bezüglich des Körpers und seiner Teile. Art. 21 lautet: „Der menschliche Körper und Teile davon dürfen als solche nicht zur Erzielung eines finanziellen Gewinns verwendet werden.“ Die Schweiz hat das Vertragswerk zwar unterzeichnet, aber bislang noch nicht ratifiziert, obschon es seit dem 4. April 1997 in Kraft ist. In Deutschland steht sogar die Entscheidung, ob dieses Übereinkommen überhaupt unterzeichnet werden soll, noch aus. In der Biomedizinkonvention sind die Minimalstandards zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin festgelegt.

<sup>141</sup> Es gibt auch persönlichkeitsrechtliche Bereiche, die weder gesetzlich noch nach dem Sittlichkeitsgebot dem Kommerzialisierungsverbot unterliegen, denen die Bindungsschranke jedoch immanent ist. Im Unterschied zu zugriffsoffenen Positionen, die wegen eines personenexternen Gegenstandes der Fremdkommerzialisierung zugänglich sind, sind diese nur eigenkommerzialisierungstauglich. Als Beispiele mögen Fernsehformate im Genre von Big Brother, psychosoziale Experimente (vgl. dazu ausführlich *Ohly* (Fn. 33), 433 ff.), die Prostitution (zur Prostitution siehe für Deutschland das

genen Monopolbildungen zum einen und Entgeltverbotsnormen zum andern die Verdinglichung des Innersten des Menschen abzuwenden vermag, oder ob sie nur der exklusiven Allokation wirtschaftlichen Ertrags bei Forschung und Industrie dient, muss sich erst weisen.

### *3. Bereicherungsrechtlicher Schutz persönlichkeitsgeprägter Rechtspositionen*

#### *a) Manifestation der Güterzuordnung*

Umfassender diskutiert als die rechtlichen Modalitäten der Eigenverwertung sind die Rechtsfolgen der Gebrauchsanmassung von Persönlichkeitsgütern durch Dritte und ihre Funktion für den Persönlichkeitsschutz. Aktuelle Debatten fokussieren das Bereicherungsrecht, zumal dieses teleologisch-funktional betrachtet die für die Kommerzialisierungskompetenzen zentrale Güterzuordnung verdeutlicht. Sie offenbaren aber auch rechtshistorisch und gesetzessystematisch geformte Divergenzen im Umgang der beiden Rechtsordnungen mit der Fremdkommerzialisierung.

#### *b) Persönlichkeitsgut und vermögenswerter Zuweisungsgehalt*

Die deutsche Dogmatik hat sich intensiv mit dem *vermögenswerten Zuweisungsgehalt* persönlichkeitsrechtlicher Positionen als Grundlage einer Eingriffskondition beschäftigt, und bejaht diesen heute jedenfalls bei sogenannten verfestigten und marktfähigen Gütern.<sup>142</sup> Die Suche nach der vermögenswerten Position bereitet aber scheinbar nach wie vor Mühe. Noch unbewältigt ist die viel diskutierte, auf den Herrenreiterfall<sup>143</sup> zurückreichende Unsicherheit, ob fehlende Kommerzialisierungsabsicht des Rechtsträgers dem

---

Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001), allenfalls auch die entgeltliche Eingehung der Ehe genügen.

<sup>142</sup> Vgl. *Götting* (Fn. 4), 7, 41 ff., 108 ff., 134 ff.; *Freitag* (Fn. 3), 47 ff.; *Ullmann* (Fn. 45), 209, 210 ff.; *Peukert* (Fn. 105), 710, 712 ff.; *Wagner*, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, *VersR* 2000, 1305, 1308; *Helle* (Fn. 7), 448, 456 ff.; *Ladeur*, Schutz von Prominenz als Eigentum. Zur Kritik der Caroline-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *ZUM* 2000, 879, 885 ff.; *Schlechtriem*, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, in: *Fischer/Gessler/Schilling/Serick/Ulmer* (Hrsg.), Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, 445, 446 ff.; *Canaris* (Fn. 56), 85, 88; *Abrens* (Fn. 4), 225 ff.

<sup>143</sup> *Herrenreiter*-Entscheidung: BGHZ 26, 349, 352, 353, statt Vieler vgl. dazu *Gauss* (Fn. 4), 32 f.

Zuweisungsgehalt entgegensteht.<sup>144</sup> Im Schrifttum wird regelmässig deutlich gemacht und der restriktiven Rechtsprechung entgegeng gehalten, dass es sowohl aus Gründen des Rechtsschutzes wie aus dogmatischen Erwägungen für die Entstehung eines Kondiktionsanspruchs darauf nicht ankommen kann.<sup>145</sup> In dogmatischer Hinsicht erinnert die Theorie notwendiger Lizenzbereitschaft an die überwundene Sichtweise der Vermögensverschiebung als Teil bereicherungsrechtlicher Konstruktion, wohingegen anerkanntermassen nur der im Widerspruch zur Güterordnung stehende Vermögenszuwachs auf Schuldnerseite relevant ist. Gleiches gilt für das umstrittene Kriterium der kommerziellen Präformierung, wonach der Zuweisungsgehalt in Anlehnung an die Ablösungstheorie eine vormalige Nutzung des Gutes durch den Träger voraussetzt,<sup>146</sup> die Existenz des Rechts von seiner Ausübung abhängt.<sup>147</sup> *Tom Waits* ist für die grundsätzliche Ablehnung jeder werblichen Nutzung seiner Stimme bekannt. Auch ein Angebot der Adam Opel AG hat er wiederholt abgelehnt. Man darf gespannt sein, welche Bedeutung dieser Sachverhalt für die Frage nach den möglichen Ansprüchen haben wird.

In beiden Ländern noch wenig diskutierte Fragen stellen sich im Zusammenhang mit körperbezogenen Positionen, sofern sie nach neueren gesetzlichen Bestimmungen oder nach sittlicher Betrachtung der Kommerzialisierung entzogen sind. Obschon ihnen die Entgelt- und Marktfähigkeit fehlt,<sup>148</sup> – das sind

<sup>144</sup> Vgl. *Gauss* (Fn. 4), 33; *Hoppe* (Fn. 4), 58 ff.; *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 41 ff.; *Götting* (Fn. 4), 54 ff.

<sup>145</sup> Vgl. *Siemes* (Fn. 7), 202, 219 ff.; *Claus* (Fn. 4), 233; *Götting* (Fn. 4), 54 ff.; *Schlechtriem* (Fn. 142), 445, 454 ff.; *Vollkommer* (Fn. 7), 599, 606 ff.; *Canaris*, (Fn. 56), 85, 89 f.; *Hoppe* (Fn. 4), 60 ff.; *von Holleben* (Fn. 7), 106 ff.; *Bungart* (Fn. 2), 85 ff.

<sup>146</sup> Hintergrund der Forderung der Lizenzbereitschaft für den Bereicherungsausgleich ist die Vorstellung, dass erst die Entscheidung des Rechtsträgers, seine Persönlichkeit wirtschaftlich zu verwerten, den Vermögenswert und damit auch den wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt erschaffe. Damit wird übersehen, dass der Vermögenswert ohnehin mit der Eingriffshandlung in die fremde Rechtsposition aktiviert wird.

<sup>147</sup> Und schliesslich kommt die Forderung eines Bereicherungsausgleichs nicht einer Disposition über die betroffenen Güter gleich.

<sup>148</sup> Im Allgemeinen wird vertreten, der Zuweisungsgehalt (und somit der Kondiktionsanspruch) setze die Entgeltfähigkeit der verletzten Rechtsposition voraus, folglich müsste dem Inhaber des verletzten Rechts die rechtlich gebilligte Möglichkeit zugestanden haben, die Rechtsposition zu nutzen; so beispielsweise *Schlechtriem* (Fn. 142), 445, 464; *Larenz/Canaris* (Fn. 58), 171 (eine andere Frage ist, ob die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit einer Gestattung des konkreten Eingriffs einen Bereicherungsausgleich ausschliesst; von der h.L. bejaht, a. A. *Larenz/Canaris* (Fn. 58), 172). A. A. *Claus* (Fn. 4), 234; *Jenny*, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 2005, 202 f., 215; *Lichtenstein* (Fn. 4), 207. Eine allfällige fehlenden Marktfähigkeit beispielsweise der Rechtsgüter Ehre oder Ansehen wirkt sich somit nicht auf die Möglichkeit der Eingriffskondition aus, sondern muss erst auf der

weitere im deutschen Schrifttum thematisierte Prämissen für den Kondiktionsanspruch – können sie durch Dritte kommerzialisiert werden, indem zum Beispiel embryonale Stammzellen für die Entwicklung von Impfstoffen Verwertung finden. Dagegen, in diesen Fällen wegen fehlender Verwertungsfähigkeit generell und undifferenziert den Kondiktions- oder Gewinnherausgabeanspruch zu versagen, bestehen unter dem Aspekt des Ausnutzungsschutzes ernste Bedenken. Das würde mit Blick auf die im Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarats angemahnte Tendenz allgemeiner Unentgeltlichkeit<sup>149</sup> des Innersten des Menschen einen kondiktionsrechtlich ungeschützten Markt *Körper* hervorbringen.<sup>150</sup> Differenzierte Antworten müssen hingegen von der rechtspolitischen Grundwertung geleitet sein, dass die aus Eingriff in die durch das Erfordernis der Einwilligung umgrenzte fremde Rechtssphäre erzielten Vorteile dem Rechtsträger gebühren.<sup>151</sup>

Ebene der Rechtsfolgen, auf die Bemessung der Lizenzgebühr Berücksichtigung finden. Vgl. zusammenfassend *Hartl* (Fn. 4), 36 f.: „Umstritten ist zudem, ob ein Bereicherungsanspruch dann auszuscheiden hat, wenn der Betroffene wegen eines hinzutretenden Gesetzes- oder Sittenverstosses über das verletzte Rechtsgut nicht hätte verfügen können. Wäre die Gestattung des konkreten Eingriffs nämlich sitten- oder gesetzeswidrig, so ist ein Eingriff in das betroffene Rechtsgut nach herrschender Meinung nicht zu vergüten. Mithin bliebe für den Betroffenen allein der Schutz über das Deliktsrecht. Demgegenüber nimmt die Gegenauffassung an, die vom BGH implizierte Gestattung lasse keinerlei Rückschlüsse auf den subjektiven Parteiwillen zu. Überhaupt sei die Annahme, die Gewähr einer Lizenzgebühr stehe unter dem Vorbehalt einer Gestattung, abzulehnen, da es sich hierbei lediglich um eine Berechnungsmethode handle. Da die bereicherungsrechtliche Kompensation nicht mit einer willentlichen Disposition über das betroffene Rechtsgut gleichgesetzt werden könne, kann folglich auch nicht die Grenze der Sittenwidrigkeit für die Gestattung gelten. Wollte man indes einen Kondiktionsanspruch mit der Begründung ablehnen, es sei zwar in ein Rechtsgut eingegriffen worden, welchem auch in Hinblick auf seine sonst vorhandene allgemeine wirtschaftliche Verfügbarkeit ein Zuweisungsgehalt zukomme, ein Ausgleich sei aber zu versagen, da dieses Rechtsgut für den Betroffenen aufgrund der hinzutretenden Sittenwidrigkeit nicht disponibel sei, so würde man den Verletzten, der einen besonders schwerwiegenden Eingriff vorgenommen hat, gegenüber weniger gravierenden Eingriffen privilegieren, zumal der Verletzte an diesem überhaupt nicht mitgewirkt hat“.

<sup>149</sup> So auch der Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa, Recht auf Unversehrtheit, Artikel II-63 (2) (c): „Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: (...) das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen (...)“.

Als zulässig betrachtet werden hingegen blosse Aufwandsentschädigungen.

<sup>150</sup> Wobei – wenn es die Schwere des Eingriffs rechtfertigt – immerhin Schmerzensgeldansprüche gewährleistet sind und das Verhalten nach den Spezialgesetzen häufig strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht.

<sup>151</sup> In diesen Fällen ist es durchaus berechtigt, das Bestimmungsrecht über den Körper als eine bereicherungswürdige Rechtsposition zu betrachten. Vgl. *Ohly* (Fn. 33), 189, wonach die Einschränkung der Dispositionsbefugnis nichts daran ändert, „dass

Das schweizerische Zivilrecht bestätigt diese Wertung: Art. 28a Abs. 3 ZGB verweist auf die Leistungsklagen einschliesslich die Gewinnherausgabe entsprechend den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag – das Bereicherungsrecht ist dort nicht erwähnt, die Lehre will es dennoch angewendet wissen.<sup>152</sup> Gesetzeshistorisch begründet herrscht ein Normverständnis vor, wonach es für diese Rechtsbehelfe gegenüber widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzungen auf eine besondere Prägung der Rechtsposition, die Absichten des Rechtsträgers, auf geschützte Interessen mit Vermögenswert oder auf die Verwertungsfähigkeit nicht ankommt, sondern einzig darauf, dass die Rechtsgüter ihrem Träger normativ zugewiesen sind und dieser die Möglichkeit hat, den Eingriff zu gestatten.<sup>153</sup> Das ist konsequent: *Denn die Ertragszuweisung gründet im Recht der Güterzuordnung.* Das schweizerische Recht würde also keinerlei Mühe bekunden, *Naomi Campbell* für die Rechtsverletzung durch die kommerziell motivierte Bildberichterstattung – sofern sie nicht durch höhere Interessen gerechtfertigt erscheint – Ansprüche auf Herausgabe der Bereicherung oder des Gewinns zu gewähren – kumulativ zu einem eventuellen Ausgleich für seelischen Schmerz.<sup>154</sup> Dieser verkürzte Pro-

---

auch diese Rechtsgüter nicht lediglich in ihrer objektiv-medizinischen Faktizität geschützt, sondern ihrem Träger zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesen sind“.

<sup>152</sup> Vgl. statt Vieler *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003, N 57.07, 59.15 ff.

<sup>153</sup> Liegt es ausschliesslich im Ermessen des Rechtsgutsträgers, den Fremdeingriff zu gestatten, so ist auch der Bereicherungsanspruch gegeben. Die mögliche Gestattung des Eingriffs ist folglich einziger Anknüpfungspunkt für die Annahme des Kondiktionsanspruchs.

Vgl. *Aebi-Müller* (Fn. 3), 150 ff.; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 38), 129, 146; *Hausheer* (Fn. 38), 319, 329, wonach die Gesetzesnovelle von 1983 durch die mediale Ausbeutung der Flucht der Swetlana Stalin in die Schweiz veranlasst worden war.

Allerdings gibt es auch in der Schweiz eine Auseinandersetzung darüber, ob Art. 28a Abs. 3 ZGB eine Rechtsgrundverweisung oder eine Rechtsfolgenverweisung darstellt. Dazu *Nietlisbach* (Fn. 55), 133 f., 416 f., 426. *Schluep*, Über Eingriffskonditionen, in: *Sturm* (Hrsg.), *Mélanges Paul Piotet. Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet*, Bern 1990, 173, 212 f., vertritt zum Beispiel die Ansicht, der Bereicherungsanspruch setze voraus, dass die Position mit Ausschlusscharakter marktfähig verwertet werden kann und die Rechtsordnung diese Nutzungsart nicht verbietet.

<sup>154</sup> Die Anwendungsbereiche der Eingriffskondition (Art. 62 OR) – die zu Wertersatz berechtigt – und der Geschäftsanmassung (Art. 423 OR) – die zur Gewinnherausgabe verpflichtet – sind nahezu kongruent, einzig im subjektiven Tatbestand erfordert letztere bösgläubiges Handeln. Bösgläubigkeit meint Unrechtsbewusstsein, wissen und wissen müssen. Vgl. *Schwenzer* (Fn. 152), N 59.15 ff.; *Weber*, in: *Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 423 OR, N 8; vgl. BGE 129 III 422, 425; 126 III 69, 72.

blemzugang ist ein gutes Beispiel für die Rationalisierungen schweizerischen Rechts. Die in Deutschland aufwändig geführte Diskussion um die Ausscheidung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts findet keine Entsprechung.<sup>155</sup> Und das Bedürfnis entfällt, im Sinne der Caroline von Monaco-Rechtsprechung<sup>156</sup> in Fällen medialer Ausbeutung prominenter Lebensgeschichten der ideellen Geldentschädigung der Zivilrechtsdogmatik fremde Strafzwecke aufzubürden, nur um die Präventionsdefizite eines eng verstandenen Bereicherungsrechts zu kompensieren.<sup>157</sup>

### c) Rechtsgehalt exklusiv eingeräumter Nutzungsrechte

Im Fokus von Eigenkommerzialisierung und Güterschutz steht die Frage, welche Rechtsstellung derjenige hat, dem exklusive Rechte an fremden Persönlichkeitsgütern eingeräumt wurden. Die variantenreichen Vorschläge zur eigentumsähnlichen Ausgestaltung von Persönlichkeitsgütern, wie sie dargestellt wurden, wollen nämlich vor allem den weitreichenden Konsequenzen

<sup>155</sup> Vgl. auch *Hausheer* (Fn. 38), 319, 324, wonach nach Schweizer Recht die Notwendigkeit entfällt, zwischen Persönlichkeitsrechten mit und ohne Vermögenswert zu unterscheiden. *Nietlisbach* (Fn. 55), 426 ff., 447, vertritt hierzu eine differenzierte Ansicht: Der Gewinnherausgabeanspruch soll nur bei Eingriffen in den vermögenswerten Zuweisungsgehalt, der Bereicherungsanspruch hingegen in allen Fällen zum Tragen kommen. Dies gelte für Nutzungsweisen, die der Gesetzgeber auch dem Rechtsinhaber selbst nicht zugestehen will. Erwähnt werden die gewinnbringende Verbreitung von ehrwürdigen Tatsachen, die Veröffentlichung von voyeuristischen Aufnahmen aus dem Intimbereich oder der Verkauf vertraulicher Fakten, der in Verletzung eines Amtsgeheimnisses erfolgt. Auch publikumswirksame aufgemachte wahrheitswidrige Berichte über bestimmte Personen in Boulevardblättern können durchaus zu Auflagesteigerungen führen.

<sup>156</sup> *Caroline I*: BGH NJW 1995, 861 sowie OLG Hamburg NJW 1996, 2870 (nach Rückverweisung durch den BGH); *Caroline II*: BGH NJW 1996, 984 ff.; *Caroline III*: OLG Hamburg NJW-RR 1994, 990 f. (Berufungsurteil) sowie BGH NJW 1996, 985 f.; *Caroline IV*: BGH NJW 1996, 1128 ff.

<sup>157</sup> Die Neuausrichtung der *Caroline von Monaco*-Rechtsprechung Mitte der neunziger Jahre, wonach von den Schadenersatzsummen ein echter Hemmungseffekt gegen Fremdkommerzialisierung ausgehen müsse (vgl. eingehend statt Vieler von *Holleben* (Fn. 7), 36 ff.; in rechtsvergleichender Perspektive *Stürner*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 1 ff.), ist fundierter Kritik ausgesetzt. Vgl. *Bungart* (Fn. 2) 57, 62 ff.; ausführlich *Hoppe* (Fn. 4), 116 ff. Wären Ansprüche auf Bereicherungsausgleich und Gewinnherausgabe zum Schutz der Persönlichkeit ohne Weiteres zulässig, wie dies nach Schweizer Recht der Fall ist, so liesse sich das Präventionsdefizit beheben und den Immaterials Schadenersatz wieder auf den Ausgleichsgedanken ausrichten. Vgl. *Taupitz* (Fn. 45), 30 f.; *Siemes* (Fn. 7), 202, 212 ff.; *Vollkommer* (Fn. 7), 599, 602 ff.; *Canaris* (Fn. 56), 85, 85 f.; *von Holleben* (Fn. 7), 134; *Bungart* (Fn. 2), 57, 63, 90; *Wagner* (Fn. 142), 1305, 1309 f.; *Beuthien/Schmölz* (Fn. 4), 2 ff.; *Wagner*, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektive, JZ 2004, 319, 322.

des Prinzips der Unverfügbarkeit entgegenwirken, wonach bei bloss schuldrechtlicher Gestattung der Nutzungsberechtigte nicht aus eigenem Recht gegen Rechtsverletzungen Dritter vorgehen kann.

Anerkannt ist immerhin, dass bei vertraglicher Einräumung von Exklusivrechten der Persönlichkeitsrechtsträger durch Rechtsverfolgung des Dritten zur Wahrung der Ausschliesslichkeit beizutragen hat.<sup>158</sup> Sowohl in der deutschen wie in der schweizerischen Literatur werden weiter eine ganze Reihe von Möglichkeiten erwogen, um den obligatorisch Nutzungsberechtigten bei Verletzung der Rechtsposition durch Dritte zur Prozessführung zu befähigen.<sup>159</sup>

Weil diese wenig Rechtssicherheit bieten, wenn die Parteien keine klare Regelung getroffen haben, werden auch haftungsrechtliche Alternativen diskutiert. Jüngere Abhandlungen in der Schweiz gehen hier eigene Wege und gewähren in extensiver Begriffsverwendung die Eingriffskondition und die Gewinnherausgabe auch dann, wenn Dritte in eine exklusive schuldrechtliche Nutzungseinräumung eines *unübertragbaren* Rechts eingreifen.<sup>160</sup> Dies entspricht exakt der Haltung, die der Bundesgerichtshof im *Nena*-Urteil aus dem Jahr 1986 zum Ausdruck gebracht hat.<sup>161</sup> Die Sängerin hatte einer Verwertungsgesellschaft „sämtliche für die kommerzielle Nutzung des akustischen und optischen Umfeldes erforderlichen Rechte“ eingeräumt. Der Bundesgerichtshof sprach der Gesellschaft einen Anspruch aus eigenem Recht auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr gegen die Beklagte zu, die ihrerseits ohne entsprechende Lizenz *Nena*-Artikel hergestellt hatte. Dieser Entscheid ist zur *cause célèbre* geworden. Dem Bundesgerichtshof wird vorgeworfen, eine unzulässige Verdinglichung einer schuldrechtlichen Befugnis vorgenommen<sup>162</sup> oder aber Rechte mit absoluter Wirkung an fremden Persönlichkeitsgütern anerkannt zu haben.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> Vgl. *Bächli* (Fn. 5), 130 f.; zum Lizenzvertragsrecht *Hilty* (Fn. 89), 465 f.

<sup>159</sup> Die gewillkürte Prozessstandschaft kommt in der Schweiz deshalb nicht in Frage, weil sie nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig ist. Vgl. *Hilty* (Fn. 89), 787 f.

<sup>160</sup> *Schwenzer* (Fn. 152), N 57.08; *Bächli* (Fn. 5), 133, 149 f.; *Büchler* FS Rey (Fn. 5), 177, 189 f.; vgl. auch schon *Holenstein*, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1983, 97 f., wonach die Gleichsetzung von Zuweisungsgehalt und Absolutheit des Rechts nicht gerechtfertigt sei. Vgl. auch *Nietlisbach* (Fn. 55), 459 f.

<sup>161</sup> BGH GRUR 1987, 128; ausführlich zu diesem Entscheid statt Vieler *Ellger*, Bereicherung durch Eingriff. Das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschliesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit, Tübingen 2002, 750 ff.; *Meurer* (Fn. 7), 105, 114 ff.; *Götting* (Fn. 4), 60 ff. Anders entschied der BGH in der Entscheidung *Universitätseblem*, GRUR 1993, 151.

<sup>162</sup> Vgl. *Helle* (Fn. 7), 448, 467.

<sup>163</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 58), 175; vgl. auch *Ullmann*, Caroline v., Marlene D., Eheleute M. – ein fast geschlossener Kreis, WRP 2000, 1049, 1052.



Tatsächlich wird mit dieser Lösung ein ganz ähnliches Ergebnis erzielt wie mit der in Deutschland breit diskutierten *gebundenen Rechtsübertragung*: Die Übertragung eines Rechtsgehalts auf den Erwerber entweder verstanden als qualitative Teilung oder als Vervielfältigung der Rechtsposition, wobei das entstandene Teilrecht an das der Teilung zugrunde liegende Schutzrecht gebunden bleibt.<sup>164 165</sup>

Im schweizerischen Kontext liegt die Weiterentwicklung der inneren Strukturen des Bereicherungsrechts durch seine Öffnung gegenüber einer bloss relativ auf das Schutzrecht bezogenen Berechtigung rechtskulturell aber näher als die *praeter legem*-Konstruktion absolut geschützter Positionen am fremden Persönlichkeitsrecht. Hybride rechtsdogmatische Konstruktionen wie diejenige der *gebundenen* oder *konstitutiven* Rechtsübertragung finden in der Auseinandersetzung mit der Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern nämlich geringe Resonanz. Während der deutsche Diskurs umfangreiche Anleihen beim Urheberrecht nimmt, das wegen der Unübertragbarkeit von Verwertungsrechten<sup>166</sup> auf mindere Formen der „dinglichen“ Gestattung angewiesen ist,<sup>167</sup> findet in der Schweiz eine Orientierung am Urheberrecht wenig Entsprechung, zumal dieses ohne Weiteres übertragbar ist<sup>168</sup> und deshalb kein gutes Vorbild abgibt. Die *dingliche* Lizenz wird zudem von Rechtsprechung und herrschender Lehre in der Schweiz mit Hinweis auf den *numerus clausus* und der Typengebundenheit absoluter Rechte generell abgelehnt.<sup>169</sup> Verfügungsrechte müssten nach Abwägung verschiedener Interessen erst aus-

<sup>164</sup> Zur gebundenen Rechtsübertragung vgl. *Forkel* (Fn. 87), 491, 491 ff., *Hilty* (Fn. 89), 93 ff.; *Biene* (Fn. 5), 64 ff.

<sup>165</sup> Vgl. *Hilty* (Fn. 89), 93, zur Unterscheidung zwischen Lizenz und gebundener Übertragung im schweizerischen Recht: „Wohl mag die qualitative Teilung im erwähnten Sinne zu einer *Bindung* des durch die Teilung entstandenen Rechts an das der Teilung zugrunde liegende Recht führen, doch ändert diese nichts daran, dass dem Erwerber etwas *übertragen* wird, er bezogen auf die erworbenen Befugnisse also die gleiche absolute Rechtsposition erhält, wie sie der Veräusserer *vor* der Veräusserung hatte, und wie er sie *nach* der Veräusserung – aufgrund der erfolgten Teilung von jener des Erwerbers unabhängig – allenfalls auch weiterhin hat. Bei der *Lizenz* hingegen *behält* der Lizenzgeber seine bisherige Position in jedem Falle, und zwar *allein*; wohl kann er sich selber einer Benutzung des lizenzierten Immaterialgutes enthalten, doch beeinträchtigt dies seine Rechtsstellung Dritten gegenüber an sich nicht“.

<sup>166</sup> § 29 UrhG.

<sup>167</sup> Vgl. *Hilty* (Fn. 5), 259 f.

<sup>168</sup> Art. 16 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG) vom 9. Oktober 1992: „Das Urheberrecht ist übertragbar und vererblich“. Die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts sind allerdings davon nicht erfasst, vgl. dazu *Rehbinder* (Fn. 91), N 58, 155.

<sup>169</sup> Vgl. *Hilty* (Fn. 89), 132.

gestaltet und verschafft werden – eine Konturierung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen und die für die hier zur Diskussion stehenden Güter (noch) nicht erfolgt ist.<sup>170</sup>

Anders als bei geteilter oder verdoppelter Rechtsträgerschaft, wie sie durch die gebundene Rechtsübertragung herbeigeführt wird, verbleiben bei einer *bloss* bereicherungsrechtlichen Lösung rechtsdogmatisch konsequent die Defensivrechte bei der Person, deren Seinsbezeugungen im Fokus stehen. Die bereicherungsrechtlich wirksame Interessenlage hingegen entspricht dem objektiv-rechtlich geschützten wirtschaftlichen *Handlungsspielraum*,<sup>171</sup> und die vertragliche Zuweisung ausschliesslicher Nutzungsrechte korrespondiert mit der Berechtigung, die Korrektur der objektiven Unrechtslage<sup>172</sup> herbeizuführen. Kondiktionsrecht und Gewinnabschöpfung, flankiert durch verlässliche schuldrechtliche Positionen, sind so in der Lage, einen funktionalen Beitrag zur Verkehrsfähigkeit persönlichkeitsbezogener Nutzungspositionen zu leisten, ohne die Schwelle der Übertragbarkeit mit all ihren Gefahren betreten zu müssen.

<sup>170</sup> Die rechtliche Anerkennung einer vollkommenen Habensbeziehung bedarf – anders als die rechtliche Absicherung faktischer *Seins*-Beziehungen im Kontext des Persönlichkeitsrechts – im Grundsatz einer gesetzgeberischen Entscheidung. Ähnlich auch Weber, Dritte Spuren zwischen absoluten und relativen Rechten?, in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 583, 584 f.

Für Deutschland vgl. Peifer, Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht?, GRUR 2002, 495, 497 f. Er vertritt zudem die Ansicht, mit dem 1995 novellierten Markenrecht im Bereich der persönlichen Kennzeichen sei für Deutschland die Notwendigkeit der Konturierung von Persönlichkeitsverwertungsrechten weggefallen. Vgl. auch Hösch, Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen 2000, 19: „Die gesetzliche Bestimmung von Immaterialgüterrechten macht Handlungsmöglichkeiten, insbesondere Verwertungshandlungen, zu einem Eigentumsobjekt. Durch gesetzliche Regelungen werden dem Schöpfer ausschliessliche Verwertungsbefugnisse zugeordnet. (...) Entscheidend ist (...), dass die Immaterialgüterrechte der gesetzlichen Schöpfung bedürfen. Erst die rechtlich geschaffenen Verwertungsbefugnisse begründen in Form eines Handlungsrechts ein Eigentumsobjekt, das einem Eigentümer zugeordnet wird. Bevor ein solches geschaffen ist, dürfen die Handlungsmöglichkeiten grundsätzlich von jedem wahrgenommen werden“.

<sup>171</sup> Vgl. Schluep (Fn. 153), 173, 199 f., der in diesem Zusammenhang von *Property rights* spricht.

<sup>172</sup> Schluep (Fn. 153), 173, 193.

V. Die Kommerzialisierung Verstorbener  
zwischen Andenken der Angehörigen, postmortaler Rechtssubjektivität  
und erbrechtlichem Übergang von Persönlichkeitsgütern

1. Ausgangslagen und Rechtsschutzlücken

Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern findet mit dem Tod kein Ende. Die technische und mediale Verfügung über Körper, Bild, Stimme oder persönliche Daten erfasst immer mehr und immer subtiler auch den verstorbenen Menschen. Nach dem Ableben des Persönlichkeitsrechtsträgers stellen sich die rechtlichen Fragen neu und anders. Während Deutschland für das Recht am eigenen Bildnis schon seit der unberechtigten Ablichtung Bismarcks auf dem Totenbett einen postmortalen Persönlichkeitsschutz kennt,<sup>173</sup> ist dem schweizerischen Recht eine solche Konzeption bis heute fremd.<sup>174</sup> Ausgehend von Art. 31 Abs. 1 ZGB, wonach die Persönlichkeit mit dem Tod endet, vertreten Rechtsprechung und herrschende Lehre die Auffassung, dass der Mensch den Schutz des Persönlichkeitsrechts mit seinem Tod grundsätzlich verliert.<sup>175</sup> Dennoch ist anerkannt, dass den Hinterbliebenen ein eigenes, aus der psychischen Integrität abgeleitetes Recht auf Wahrung ihres Andenkens zukommt.<sup>176</sup> Das Pietätsgefühl, die auf der geistig-

<sup>173</sup> § 22 KUG ist die Folge der Bismarck-Entscheidung. Nach dieser Bestimmung bedarf es für die Verbreitung eines Bildnisses bis zum Ablauf von zehn Jahren nach dem Tod der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Es bleibt allerdings umstritten, ob diese Bestimmung in erster Linie die Angehörigen oder den Verstorbenen schützt. Vgl. eingehend zu Geschichte und Inhalt des § 22 KUG *Neumann-Klang*, Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht, Diss. Frankfurt am Main/Berlin/Bern u.a. 1999, 25 ff.

Seit dem wegweisenden *Mephisto*-Urteil des BGH 1968 (BGHZ 50, 133 ff.) können Hinterbliebene den Schutz aller Persönlichkeitsgüter des Verstorbenen selbst geltend machen. Vgl. zur Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes *Seifert*, Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadenersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1889, 1889 ff., 1893 ff.

<sup>174</sup> In wenigen Bereichen allerdings hat die Rechtsprechung Wirkungen des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus bejaht, vgl. BGE 97 I 221 ff. und 129 I 173 ff. (Gestaltung der Bestattung), BGE 127 I 115 ff. und 129 I 173 ff. (Anordnungen über die Behandlung des Leichnams), BGE 118 IV 319 ff. (strafrechtlicher Schutz), Urteil 2P.339/1994 vom 26. April 1995 (Schutz der in Patientendossiers enthaltenen Angaben); vgl. *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – neuere Tendenzen in der Rechtsprechung, ZUM 1997, 783, 785.

<sup>175</sup> Vgl. statt vieler *Pedrazzini/Oberholzer* (Fn. 45), 33, 177. Zuletzt BGE 129 I 302, 306: „(...) die Rechtsordnung [versagt] dem Verstorbenen jede Rechtsfähigkeit und damit zwangsläufig auch die Klagelegitimation“. Zu diesem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts *Büchler*, Bemerkungen zu BGE 129 I 302, AJP 2004, 740 ff.

<sup>176</sup> Vgl. *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 45), N 12.73 f.; *Geiser* (Fn. 45), 33 f., 87 ff.; *Ped-*

ideellen Beziehung beruhende innere Verbundenheit mit dem Verstorbenen, verdichtet sich zu einem Persönlichkeitsgut der Angehörigen, womit insbesondere Konstruktionen postmortalen Rechtssubjektivität<sup>177</sup> entbehrlich sind.<sup>178</sup> Ungeachtet der unterschiedlichen Wege ist das Schutzniveau in der Schweiz mit demjenigen in Deutschland vergleichbar. Gemeinsam ist den beiden Zugangsweisen aber auch, dass sie bei Kommerzialisierung des Verstorbenen versagen: Sie weisen ähnliche Schutzlücken auf in Bezug auf den Schutzbereich, den geschützten Personenkreis und am empfindlichsten hinsichtlich der Rechtsfolgen, weil sie weder Angehörigen noch Erben die Möglichkeit vermitteln, den durch die Nutzung personaler Güter des Verstorbenen erzielten Gewinn abzuschöpfen.<sup>179</sup> Einschränkend sei immerhin erwähnt, dass nach der Lehre des Andenkensschutzes anders als im Kontext des postmortalen Persönlichkeitsschutzes Ansprüche auf Schmerzensgeld zweifelsfrei zulässig sind.

## 2. Der erbrechtliche Übergang persönlichkeitsrechtlicher Positionen

Der unzureichende Rechtsschutz hat den deutschen Bundesgerichtshof dazu bewogen, mit dem Grundsatzurteil zu *Marlene Dietrich* die Vererblich-

---

*razzini/Oberholzer* (Fn. 45), 178 f., ausführlich *Knellwolf*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen, Diss. Zürich 1990, 4, 82 ff.; *Knellwolf* (Fn. 174), 783, 786 ff.

<sup>177</sup> Die positiv-rechtliche Begründung für den postmortalen Persönlichkeitsschutz steht trotz der gefestigten Lehre und Rechtsprechung noch aus. Es lassen sich verschiedene dogmatische Ansätze unterscheiden, man spricht beispielsweise von den subjektlosen Rechten der Toten, dem Weiterbestand der Rechtsfähigkeit oder einem Restbestand von Rechtsfähigkeit im Sinne einer Rechtssubjektivität Verstorbener. Vgl. kritisch zum Ganzen *Claus* (Fn. 4), 53 ff.; *Lichtenstein* (Fn. 4), 282 ff.

<sup>178</sup> Auch die Totenfürsorge ist als Persönlichkeitsrecht der Angehörigen Ausdruck der Andenkenstheorie.

<sup>179</sup> Für die Schweiz *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 3, 7 f.: In Bezug auf den Schutzbereich besteht die Problematik darin, dass dann, wenn der Verstorbene der Vermarktung nicht abgeneigt war, die Angehörigen wohl nicht geschützt sind, denn das geschützte Andenken ist zugleich das objektiv berechnete Andenken, als das Bild, das sich die Hinterbliebenen von der verstorbenen Person machen durften. Bezüglich der Rechtsfolgen ist es fraglich, ob Bereicherungs- oder Gewinnherausgabeansprüche bestehen, zumal die Nutzung der Güter nicht im Andenkensschutz enthalten ist, die Angehörigen keine diesbezüglich Ausschlussposition, keinen Vorrang über die Nutzungsrechte haben. Schliesslich und im Bezug auf den geschützten Rechtskreis fehlt dem Andenkensschutzsystem die Klarheit der erbrechtlichen Prioritätenfolge. Für Deutschland *Schulze Wessel* (Fn. 4), 98 ff., 104 ff.; *Taupitz* (Fn. 45), 18 ff.; *Wortmann* (Fn. 4), 95 ff. Den postmortal Wahrnehmungsberechtigten wurden bislang nur Abwehransprüche zum Schutz der fortwirkenden ideellen Interessen des Verstorbenen zugestanden, zumal dem Verstorbenen keine Genugtuung mehr verschafft werden kann.

keit „vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts“ einzuführen und damit rechtsfortbildend Neuland zu betreten,<sup>180</sup> was wiederum nicht ohne Wirkung auf die Lehre in der Schweiz geblieben ist.<sup>181</sup> Der ausgedehnte, den Urteilen überwiegend wohlgesinnte deutsche Diskurs soll hier nicht nachgezeichnet werden,<sup>182</sup> nur wenigen umstrittenen Aspekten seinen einige Bemerkungen gewidmet.

Vererblichkeit und Übertragbarkeit werden meines Erachtens zu Unrecht häufig in einem Atemzug genannt.<sup>183</sup> Es gibt vererbliche Positionen, die unübertragbar sind, man denke nur ans Urheberrecht, das nicht im Ganzen übertragen werden kann, im Todesfall aber ungetrennt, einschliesslich seiner persönlichkeitsrechtlichen Aspekte sowohl nach deutschem<sup>184</sup> wie nach schweizerischem<sup>185</sup> Recht auf die Erben übergeht.<sup>186</sup> Diese Differenzierung

<sup>180</sup> Urteil des BGH vom 1.12.1999, NJW 2000, 2195 ff. Eine Musical-Produktionsfirma hatte 1993 im Umfeld einer Aufführung über das Leben von Marlene Dietrich veranlasst, dass mit dem Bildnis und dem Namenszug der Verstorbenen für Kosmetika geworben wurde, Merchandising-Artikel hergestellt wurden und die Autofirma Fiat ein Lancia-Sondermodell „Marlene“ auf den Markt brachte. Maria Riva, einzige Tochter und Alleinerbin, selbst an der Vermarktung der Persönlichkeitsattribute ihrer Mutter interessiert, widersetzte sich diesen werblichen Aktivitäten erfolgreich.

<sup>181</sup> Siehe Büchler, AJP 2003 (Fn. 5), 3, 8 ff.; Bächli (Fn. 5), 137 f., 174 ff.; Hilty (Fn. 5), 259, 276 f.; Weber (Fn. 5), 411, 413 f.

<sup>182</sup> Zu diesem Urteil Peukert (Fn. 105), 710, 711 ff.; Taupitz (Fn. 45), 4 ff., 21 ff.; Göting, Die Vererblichkeit der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – ein Meilenstein in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2001, 585 ff.; Wagner (Fn. 99), 715, 717; Müller, Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts – Die neueste Rechtsprechung des BGH zum postmortalen Persönlichkeitsrecht, GRUR 2003, 31 ff.; Gregoritz, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Verstorbener. Eine Untersuchung der Rechtsfortbildung durch den Bundesgerichtshof in den *Marlene Dietrich*-Urteilen vom 1. Dezember 1999, Diss. Berlin 2003; Wortmann (Fn. 4), 103 ff.

<sup>183</sup> Zahlreiche Autoren sind der Ansicht, dass die *Marlene Dietrich*-Entscheidung des BGH die Grundlage der vom Gericht selbst ausdrücklich offen gelassenen Übertragbarkeit von Persönlichkeitsgütern gelegt habe; Ullmann (Fn. 163), 1049, 1051 f.; Wagner (Fn. 182), 715, 718. Dieser Ansicht ist zu widersprechen. Hingegen ist mit der Vererbung der Position wohl die Übertragbarkeit insofern verbunden, als die Grenzen der Aufgabe der Selbstbestimmung (für die Schweiz: Art. 27 ZGB) hier nicht zum Tragen kommen. Unübertragbare Rechtspositionen werden übertragbar. Insofern stellt sich die Rechtslage nicht anders dar als im Urheberrecht: Weil die Position zu Lebzeiten des Persönlichkeitsrechtsträgers aufgrund der unauflöslichen Bindung an die Person ausgeschlossen ist, ist sie in den Händen der Erben verkehrsfähig.

<sup>184</sup> § 28 UrhG.

<sup>185</sup> Art. 16 URG (die dort erwähnte Übertragbarkeit bezieht sich nicht auf das Urheberpersönlichkeitsrecht; vgl. dazu Rebbinder (Fn. 91), N 58, 155).

<sup>186</sup> Am Beispiel verdeutlicht bedeutet dies, dass, obschon es der Urheberin verwehrt ist, das Veröffentlichungsrecht als Urheberpersönlichkeitsrecht abzutreten, ist dasselbe

scheint durch grundlegende Unterschiede in den Interessenlagen vor und nach dem Tod durchaus sachgerecht.<sup>187</sup> Das Anliegen, welches es verbietet, den Rechtsübergang von Persönlichkeitsgütern zu Lebzeiten zuzulassen, nämlich die Sicherung fortdauernder Selbstbestimmung, verliert mit dem Tod seinen Ausgangspunkt. Und setzt sich dies in der Unübertragbarkeit fort, ist damit der Verlust des Zugriffsschutzes verbunden. Mit dem Tod des Rechtsträgers stellt sich nicht primär die Frage des *Ob* der Güternutzung, sondern lediglich die des Verwertungsvorrangs und der Ertragszuweisung. Unterwirft man die Position den erbrechtlichen Gesetzmässigkeiten, so ist damit eine Zuordnung verbunden, die – so die rechtspolitische Erwartung – am effektivsten unerwünschte Fremdkommerzialisierung zu unterbinden vermag.

Zugegeben fehlt es für eine einfache rechtsdogmatische Herleitung der Vererblichkeit am gedanklichen Ansatzpunkt, zumal die von der Idee der Selbstbestimmung getragene Ausschlussposition an die Person des Trägers gebunden ist. Das Vererblichkeitsdogma braucht deshalb eine eigenständige Begründung, um die Leerstelle normativer Zuordnung zu schliessen, die mit dem Ableben des Trägers entsteht.<sup>188</sup> Methodischer Ausgangspunkt ist die Überprüfung, ob persönlichkeitsrechtliche Positionen im erbrechtlichen Gefüge zweckmässig aufgehoben sind. Dies gilt ohne Weiteres für die Funktion des Erbrechts, dem Willen des Verstorbenen Schutz über dessen Tod hinaus Wirkung zu verleihen. Die Vererblichkeit impliziert die Möglichkeit, mittels Verfügung von Todes wegen Nutzungsrechte an verwertbaren Körperzellen zuzuweisen, den Erben den kommerziellen Gebrauch von Dokumenten der äusseren Erscheinung zu untersagen und jemanden mit der Willensvollstreckung zu betrauen.<sup>189 190</sup>

Recht vererblich. Die Erben können zum Beispiel die Tagebücher veröffentlichen. Auch nach der *Marlene Dietrich*-Entscheidung des BGH kommt es für die Vererbung des Rechts nicht zwingend auf dessen Übertragbarkeit an; so BGH, NJW 2000, 2195, 2197.

<sup>187</sup> Vgl. auch *Lichtenstein* (Fn. 4), 319 f.

<sup>188</sup> Vgl. auch *Claus* (Fn. 4), 151 ff.

<sup>189</sup> Vgl. eingehend zu den Möglichkeiten *Wortmann* (Fn. 4), 341 ff.; *Lichtenstein* (Fn. 4), 341 ff. Dem Grundsatz nach entspricht dies den bereits heute bestehenden Regelungen und Ansichten, wonach der Wille, den der Verstorbene in Bezug auf seinen Körper und dem Leichnam zu Lebzeiten zu erkennen gegeben hat, auch nach seinem Tod beachtlich ist. Für die Schweiz: BGE 123 I 112 ff.; 127 I 115 ff., 129 I 173 ff. Für Deutschland zum Beispiel *Tag*, Zum Umgang mit der Leiche. Rechtliche Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteile durch die Plastination, MedR 1998, 387, 389 ff. Zur Auseinandersetzung darüber, wie weit das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen hinsichtlich der Verwendung seiner Leiche reicht vgl. auch *Thiele*, Plastinierte „Körperwelten“, Bestattungszwang und Menschenwürde, NVwZ 2000, 405 ff. Zur neu geregelten Transplantationsmedizin vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1

Allerdings ist zu erwägen – dies als kritische Sicht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs –, die gesamte zugriffsoffene Position und nicht nur ihre vermögenswerten Aspekte den Gesetzmässigkeiten des Erbrechts zu unterwerfen,<sup>191</sup> zumal die Teilungslösung „eine Vielzahl dogmatischer Verwerfungen sowie rechtspraktischer Anwendungsschwierigkeiten“<sup>192</sup> mit sich bringt.<sup>193</sup> Dazu gehört, dass die vermögensbezogene Nutzungsposition im Verbotsrecht selbst gründet, was eine widerspruchsfreie Herauslösung in Form einer selbstständigen kommerziellen Komponente erst recht unmöglich erscheinen lässt.<sup>194</sup> Erfolgt die Trennung in zwei Bestandteile auf der Basis der

i.V.m. § 2 Abs. 2 TPG, wonach eine Organentnahme nur zulässig ist, wenn dadurch keine zu Lebzeiten getroffene Entscheidung des Toten missachtet wird. Das Transplantationsgesetz achtet folglich eine zu Lebzeiten getroffene Entscheidung. In § 4 Abs. 2 S. 2, 3 und 4 wird jedoch diese Zustimmungslösung erweitert: Wenn dem Angehörigen keine Erklärung bekannt ist, kommt es nunmehr auf seine Zustimmung an, wobei er den mutmasslichen Willen des möglichen Organspenders zu beachten hat. Vgl. zum Thema insgesamt *Koch*, Persönlichkeitsrechtsschutz bei der postmortalen Organentnahme zu Transplantationszwecken in Deutschland und Frankreich, Diss. München 2004.

<sup>190</sup> Sind die Erben nicht durch letztwillige Verfügungen oder vertragliche Vereinbarungen gebunden, können sie allerdings die Rechte wohl in der gleichen Weise ausüben, wie dies der verstorbene Rechtsträger selbst zu tun vermochte, zumal im Erbrecht von einer unbeschränkten Rechtsstellung des Erben auszugehen ist. Anders hingegen der BGH im Marlene Dietrich-Urteil, NJW 2000, 2195, 2199, wonach mit der Vererblichkeit kein uneingeschränktes Benutzungsrecht verbunden sei, „das auch gegen die ausdrücklichen oder mutmasslichen Interessen des verstorbenen Trägers des Persönlichkeitsrechts eingesetzt werden könnte“. Dagegen *Schulze Wessel* (Fn. 4), 130: „Soweit ein Rechtseingriff an die Erteilung einer Einwilligung gebunden ist (...), korrespondiert dieses positive Nutzungsrecht (Einwilligung) unmittelbar mit dem Recht, diese Einwilligung zu verweigern. (...) Im übrigen stellt sich die Frage, wer berechtigt sein soll geltend zu machen, dass die kommerzielle Nutzung eines kennzeichnenden Persönlichkeitsmerkmals nicht mit dem mutmasslichen Willen des Verstorbenen in Einklang steht“.

<sup>191</sup> So auch *Lichtenstein* (Fn. 4), 303 ff.; vgl. in der Tendenz auch *Leipold*, Erbrecht. Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen, 15. Aufl., Tübingen 2004, 233: „Angesichts des erreichten Standes der Rechtsprechung erscheint es erwägenswert, den Ausgangspunkt zu verändern und die Vererblichkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts generell anzuerkennen, zumal die dogmatische Erklärung des (ideellen) postmortalen Persönlichkeitschutzes unklar geblieben ist“.

<sup>192</sup> *Lichtenstein* (Fn. 4), 303.

<sup>193</sup> Schon skeptisch gegenüber der Zweitteilung des Rechtsschutzes *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 10.

<sup>194</sup> Die Entwirrung ideeller und wirtschaftlicher Schutzinteressen ist praktisch wie theoretisch selten durchführbar. Die Unmöglichkeit der dichotomischen Erfassung von Interessenlagen, der Ablösung besonderer Persönlichkeitsaspekte zu Lebzeiten, setzt sich mit dem Tod der Person freilich fort. Vgl. auch *Lichtenstein* (Fn. 4), 302 f. Dies zeigt sich exemplarisch im jüngeren Fall der Veröffentlichung eines Aktbildes, auf dem

Koexistenz von Vererblichkeit und postmortalem Persönlichkeitsschutz im Sinne der deutschen Fortwirkungsdoctrin, so kollidiert mitunter das inhaltliche Interessengeflecht mit den unterschiedlichen Berechtigungen am einheitlichen Recht, wenn die für die Wahrnehmung fortwirkender Persönlichkeitsgüter zuständigen Angehörigen mit den Erben nicht identisch sind.<sup>195</sup> Hingegen ist die Vererblichkeit ohne Weiteres mit dem Gedanken des Andenkensschutzes vereinbar.<sup>196</sup>

Die Ansicht, zugriffsoffene Persönlichkeitsgüter seien insgesamt dem Erbgang zu unterwerfen, zumal eine Auftrennung in verschiedene Komponenten und Schutzrichtungen nicht möglich und tunlich ist, setzt sich dem Einwand aus, der erbrechtliche Übergang umfasse ausschliesslich Vermögenswerte.<sup>197</sup> Möge an dieser Stelle der Hinweis genügen, dass zugriffsoffene Positionen immerhin als insgesamt im Stande anzusehen sind, auch eine geldwerte Rechtsstellung zu vermitteln,<sup>199</sup> und dass der Vermögenswert sich in der wirtschaftlichen Eigen- oder Fremdnutzung und deren Ertrag selbst manifestiert. Mit hin sollte die Vererbung auch nicht davon abhängen, dass der Verstorbene im Sinne der aus dem Bereicherungsrecht bekannten und auch dort kritisierten Präformierung den Kommerzialisierungswillen zu Lebzeiten dokumentiert hat,<sup>200</sup> ein Erfordernis, das im US-amerikanischen Recht unter der Bezeichnung des *lifetime exploitation requirement* bekannt ist.<sup>201</sup> Schließlich ist der Vorgang so zu verstehen, dass die Erben in die persönlichkeitsrechtliche

scheinbar Marlene Dietrich zu sehen war: OLG München, GRUR-RR 2002, 341. Vgl. verschiedene Stellungnahmen zu Urteil: Vgl. dazu *Reber*, Marlene Dietrich – Eine Prozessgeschichte zu den ideellen und kommerziellen Bestandteilen des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts, ZUM 2004, 708, 710 ff.; *Beuthien*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz auf dem Weg ins Vermögensrecht, ZUM 2003, 261 f.; *Götting*, Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts, GRUR 2004, 801 ff.

<sup>195</sup> Eine Konstellation, welche beachtliches Konfliktpotential birgt. Vgl. auch *Lichtenstein* (Fn. 4), 301 f. Im deutschen Recht stellt sich weiter das Problem, dass § 22 KUG für das Recht am Bild den Angehörigen die Verwertungsmöglichkeiten einräumt, was einer einheitlichen Vererbungslösung entgegensteht. Vgl. *Claus* (Fn. 4), 166 f.; *Jung* (Fn. 4), 247 ff.

<sup>196</sup> Die dem Verstorbenen eng vertrauten Personen vermöchten bei Verletzung ihres Andenkens aus eigenem Recht Abwehransprüche geltend zu machen und dadurch als Korrektiv zu den Verwertungsrechten der Erben zu wirken.

<sup>197</sup> So das herrschende Verständnis der Art. 560 ZGB und § 1922 I BGB; eingehend zum deutschen Recht *Wortmann* (Fn. 4), 67 ff., 115 ff.

<sup>198</sup> Wohingegen die Loslösung von der Person des Erblassers als Voraussetzung der Übergangsfähigkeit eine Frage der normativen Zuordnung ist.

<sup>199</sup> *Lichtenstein* (Fn. 4), 318.

<sup>200</sup> So auch *Lichtenstein* (Fn. 4), 340 f.; noch unschlüssig *Büchler*, AJP 2003 (Fn. 5), 10.

<sup>201</sup> Vgl. zum *lifetime exploitation requirement* *Gauss* (Fn. 4), 236 f.; *Seemann* (Fn. 5), 101.



Rechtsstellung des Erblassers eintreten, ohne dessen Persönlichkeit anzunehmen. Der Erbe wird nicht Namensträger oder Substanzinhaber, nur Träger der Rechte am fremden Namen und an fremder Körpersubstanz.<sup>202</sup>

Die Umsetzung erbrechtlicher Fassungen persönlichkeitsgeprägter Vermögenswerte bedarf allerdings noch einiger dogmatischer Feinabstimmung, und eine gesetzgeberische Intervention wäre wenn nicht erforderlich so doch wünschenswert,<sup>203</sup> um die Sperrigkeit der dogmatischen Prämissen zu überwinden.

## VI. Zusammenfassende Thesen

Die verschiedenen Gedankenstränge lassen sich zu sieben Thesen zusammenführen:

### 1. Ein Ich...

Vermögenswerte Interessen an zugriffsoffenen Persönlichkeitsgütern

Selbst die unentwegte emphatische Beschwörung des ideellen Gehalts des Persönlichkeitsrechts vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass im Zuge der allgemeinen Materialisierung und Ökonomisierung des Seins an einer zunehmenden Zahl von Persönlichkeitsgütern *eigene und fremde* vermögenswerte Interessen bestehen. Diese Güter sind keine *Descartianischen*<sup>204</sup> Spaltungen des Menschen, sondern *zugriffsoffene* Positionen.

<sup>202</sup> Lichtenstein (Fn. 4), 323.

<sup>203</sup> Der postmortale Schutz wäre freilich zeitlich zu begrenzen; schliesslich soll es keinen Denkmalschutz für Prominente (vgl. Seemann, Ein Denkmalschutz für Prominenz? Gedanken zum droit de non-paternité, UFITA 128 (1995), 31 ff.) geben und Marlene Dietrich sollte dereinst dem kulturellen Allgemeingut zugeführt werden. Zu den verschiedenen Vorstellungen von Schutzfristen vgl. Götting (Fn. 4), 281; Seemann (Fn. 5), 102 f.; Schulze Wessel (Fn. 4), 142 f.; Taupitz (Fn. 45), 48 f.; Jung (Fn. 4), 256 ff., 260 ff.; Wagner (Fn. 99), 715, 719. Der Bundesgerichtshof hat sich im *Marlene Dietrich-Urteil* darauf beschränkt zu vermerken, dass die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers jedenfalls fortbestehen, solange die ideellen Interessen nach den Grundsätzen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes noch geschützt sind, BGH, NJW 2000, 2195, 2199.

<sup>204</sup> Zu *Descartes* Lehre von der Spaltung von Geist und Körper siehe eingehend Fuchs, Leib, Raum, Person. Entwurf einer phänomenologischen Anthropologie, Stuttgart 2000, 29 ff.

## 2. ... *das mein ist.*

Schutz vor Grenzverletzung – Eigenkommerzialisierung – Entwicklungsoffenheit

Die Person kann den Vermögenswert in dem Masse realisieren, als ihr die Entscheidungsprärogative über die Nutzung des Gutes durch eine feste Tatbestandsbildung vorbehalten ist. Weder der deutsche und noch weniger der Schweizer Gesetzgeber haben diese Positionen abschliessend festgelegt. Der normative Wandel ist geprägt durch das Paradigma der Selbstbestimmung, der Eigenregie der Selbstpräsentation, zu dem eine besondere Neigung besteht, wenn das Zugriffsinteresse ökonomisch gefärbt ist. Persönlichkeitsrechtliche Entwicklungen sind zunächst regelmässig darauf angelegt, vor Risiken der Grenzverletzung zu schützen. Bei entsprechender Ausgestaltung und ohne gesetzliche Intervention ist der Schutzposition die Möglichkeit der Verwertungsstruktur- und rechtsimmanent.<sup>205</sup> Womit die dogmatischen Aussengrenzen des Persönlichkeitsrechts jenseits ideeller Interessen zu liegen kommen.

## 3. *Der innere Zusammenhalt von Zugriffsschutz und Verwertungsmacht*

Selbstbestimmung und Bindungsfreiheit – Grenzen der Disponibilität – Güterzuordnung und Zugriffsschutz

In der positivierten Dualität des deliktsrechtlichen Art. 28 zum einen und des vertragsrechtlichen Art. 27 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum andern ist das Drehbuch der vor Fremdverwertung geschützten und zugleich verwertbaren persönlichkeitsrechtlichen Positionen angelegt. Entgegen der herkömmlichen Dogmatik der Einwilligung als Rechtsausübungsverzicht und damit verbunden der jederzeitigen Widerrufbarkeit ziehen Dispositionen über zahlreiche zugriffsoffene Persönlichkeitsgüter vertragliche Strukturen nach sich; wogegen höchstpersönliche Interessen durch die Möglichkeit der Vertragsauflösung gewährleistet sind. Es ist aktuelle Herausforderung, dort mittels Verboten begrenzend einzuschreiten, wo es gilt, bindungsfeste Kernbestandsgrenzen zu verteidigen – seien diese ordnungspolitisch motiviert oder zum Schutz des Rechtsträgers. Dies erweist sich als Suche nach dem semantischen Horizont der transzendentalen Entität des Leibes.

Weiter bieten ein vom Schadensparadigma gelöstes Bereicherungsrecht und der Gewinnherausgabeanspruch umfassenden Schutz vor Fremdkommerzialisierung, sofern einzig das personale Gut vom Selbstbestimmungsrecht erfasst und dem Träger zugewiesen ist. *Denn die Ertragszuweisung*

<sup>205</sup> Perspektivistisch betrachtet kann deshalb in der Entwicklungsoffenheit des Persönlichkeitsrechts die Chance gesehen werden, Verwertungspositionen abzusichern, ohne auf den persönlichkeitsrechtlichen Schutzrahmen verzichten zu müssen.

gründet im Recht der Güterzuordnung. Und die Güterzuordnung ist in Art. 28 ZGB sowohl umfassend wie entwicklungs offen vorgenommen worden.

Dieses Drehbuch offenbart einen stark dem Schuld- und Schutzrecht zugelegten Umgang mit kommerzialisierten Persönlichkeitsgütern, während eine in körperhaften Vorstellungen befangene immaterialgüter- und sachenrechtliche Perspektive dem schweizerischen Recht eher fremd ist. Zugegeben: Ein stimmiges Persönlichkeitsvertragsrecht besteht erst in Ansätzen. Doch die programmatisch-praktische Persönlichkeitsrechtskonzeption erweist sich insgesamt auch ein Jahrhundert nach deren Inkrafttreten als tragfähig, dies im Sinne eines Persönlichkeitsrechtsganzen aus hochabstrakten Rechtssätzen, aus welchen rational einsichtige Folgerungen abgeleitet werden können.

*Rechtsvergleichend* bilanzierend stelle ich im Bestreben, inneren Zusammenhalt von Zugriffsschutz und Verwertungsmacht zu gewährleisten, Konvergenz beider Rechtsordnungen fest. Eine unterschiedliche Akzentsetzung ist allerdings nach allem Dargestellten darin zu sehen, dass in Deutschland diskursive und rechtspraktische Bemühungen dahin gehen, kommerzialisierbare und vermögensrechtliche Positionen des Persönlichkeitsrechts zu identifizieren und auszuordnen, während in der Schweiz die normativen Vorgaben eine holistische Anschauung nahe legen. Ob die sowohl im deutschen Schrifttum wie in der jüngsten Marlene Dietrich-Rechtsprechung vertretene kategoriale Abgrenzung vermögenswerter und ideeller Persönlichkeitspositionen in eine lohnende Richtung weist, ist eher fraglich. Sie ist wohl auch eher aus der Not geboren, sachgerechte Wert- und Gewinnzuweisungen bei kommerzieller Nutzung einer ideellen Verletzung, die der Rechtsträger so niemals erlaubt hätte, dogmatisch begründen zu können.<sup>206</sup> Weil zumindest im Schrifttum die Prämissen der hypothetischen Vermarktungsbereitschaft und der kommerziellen Präformierung für den vermögenswerten Zuweisungsgehalt längst widerlegt sind, könnten dichotomische Perspektiven des kommerzialisierten Persönlichkeitsrechts an Gewicht verlieren.

#### 4. Die Kantische Tradition und ihre Unverfügbarkeit

Die integrative Kraft der kontinentaleuropäischen Persönlichkeitsrechtskonzeption

Ins Grundsätzliche hinein geht die These der Unverfügbarkeit personaler Güter, die Verwerfung der Amerikanisierung des Rechts. In der Deutung des Verhältnisses von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt in der *Lockschen* und der *Kantischen* Tradition liegt eine nachhaltige transatlantische Differenz.<sup>207</sup> Im

<sup>206</sup> So *Wagner* (Fn. 53), 200, 223; *Wagner* (Fn. 99), 715, 718.

<sup>207</sup> Vgl. zu den möglichen Ursachen der unterschiedlichen Entwicklungen *Seemann* (Fn. 5), 66 ff.; *Peifer* (Fn. 4), 248 ff.

Unterschied zum US-amerikanischen *Right of privacy* umfasst die kontinentaleuropäische Persönlichkeitsrechtskonzeption sowohl eine Innen- wie eine Aussenperspektive. Nicht nur das Dasein und das Recht, in diesem geschützt zu sein, sondern auch der konkrete Ausdruck der Persönlichkeit und die Möglichkeit, diesen zu äussern, sich selbst Zweck zu sein und als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten,<sup>208</sup> haben eine persönlichkeitsrechtliche Wiege, weshalb der Ansatz die Fähigkeit besitzt, zentrale Inhalte des *Right of publicity* oder *of commerciality* aus sich selbst heraus zu entfalten.<sup>209</sup> Die Erschließung eines neuen Schutzbereichs ist für die zu lösenden Sachfragen nicht erforderlich.

Die Übertragbarkeit der Rechtszuständigkeit an Persönlichkeitsgütern ist weder mit dem Verbot der Selbstentäusserung vereinbar, das im schweizerischen Recht in Art. 27 ZGB einen zivilrechtlichen Ausdruck gefunden hat, noch ist sie zwingende Folge des Prinzips Leistung. Selbst wenn man die *Kohlerische* Objekt-Subjekt-Beziehung verräumlicht und für die Verfügbarkeit die Verkörperung des Persönlichkeitsgutes in einem personenexternen Träger voraussetzt, steht ihr die Tatsache entgegen, dass höchstpersönliche Interessen weiterhin bestehen bleiben. Rechtslogisch zwar Rechtsobjekte, bleiben Persönlichkeitsgüter Bezeugungen des Seins – Mimesis, Echo, Spuren, für welche die Strukturprinzipien des Eigentums – *darin sollte von Savigny* Recht behalten – sich nicht eignen.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> *Neuner*, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Eine zivilistische Ausführung, nebst einem Anhang, den Grundriss zu einem neuen Systeme für die Darstellung des Pandektenrechts enthaltend, Kiel 1866, 15. Oder in den Worten *Kants*: „Nun sage ich: der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen (...).“ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1786, herausgegeben von *Valentiner*, Stuttgart 2004, 78.

<sup>209</sup> Ein Potenzial, das *Otto v. Gierke* bereits Ende des 19. Jahrhunderts erkannt hat. *Gierke*, Deutsches Privatrecht. Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895, 706: „Die Persönlichkeitsrechte sind als solche keine Vermögensrechte. Sie können jedoch (...) einen vermögensrechtlichen Inhalt aus sich entfalten oder in sich aufnehmen. In dem Masse, in dem ihr so erlangter Vermögenswerth in den Vordergrund tritt, werden sie einer vermögensrechtlichen Ordnung zugänglich. Immer aber bleibt ihr personenrechtlicher Kern unversehrt. Auch kann ihr vermögensrechtlicher Inhalt (...) zwar bis zu einem gewissen Grade verselbständigt, niemals jedoch völlig aus dem Zusammenhange des in dem personenrechtlichen Kerne geeinten Ganzen gelöst werden.“

<sup>210</sup> In diesem Sinne bedeutet die Eigenkommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern eine Erweiterung der Sphäre des *Ich* und keine Verfügung über das *Mein*.

### 5. Die Repräsentation des Mein nach dem Ableben des Ich

Interessengerechte Allokation durch erbrechtliche Zugangsweise

Mit dem Tod des Trägers entfällt die selbstbestimmungsindizierte Persönlichkeitsrechtsposition. Aus schutzbezogenen und erbrechtsfunktionalen Überlegungen liegt es nahe, vermögenswirksame Befugnisse für eine bestimmte Zeit den Erben anzuvertrauen, weshalb eine Rezeption deutscher Rechtsprechung in die schweizerische Rechtsordnung im Ausgangspunkt zu wünschen ist. Allerdings gebietet die Unteilbarkeit des Persönlichkeitsrechts und eine widerspruchsfrei verteilte Rechtsmacht<sup>211</sup> die Vererbung der gesamten zugriffsoffenen Position und – damit zusammenhängend – eine rechtsdogmatische Verortung im Andenkensschutzsystem.

### 6. Ein Mein ohne Ich?

Das postmoderne Subjekt als unzuverlässiger Kardinalpunkt rechtlich-ökonomischer Allokation

Kritik am aktuellen Gewicht der Selbstbestimmung kann aus ganz anderer Sicht erwachsen. Bislang hat sich die Diskussion um die Kommerzialisierung personaler Güter insbesondere mit den *Rechtsobjekten* selbst beschäftigt, mit ihrer Beschaffenheit, Ausformung und Tauglichkeit für den Rechtsverkehr. Fokussiert man hingegen das *Rechtssubjekt*, so ergeben sich eine Reihe weiterer Fragen. Die zunehmende personale Ubiquität und schwindende Stabilität des Realen zum einen und die Erkenntnis diskursiver Subjektkonstruktion im Sinne des Poststrukturalismus zum anderen, machen das Individuum zu einem labilen Zuordnungspunkt. *Sein* – so der französische Philosoph Jean Luc Nancy – ist *Kommunikation*.<sup>212</sup> Und weshalb soll diese nicht gänzlich frei sein? Auch der innerste persönlichkeitsrechtliche Bereich, derjenige des Leibes, diffundiert immer mehr in schwierig fassbare Sphären, ist verstärkt Produkt medizinisch-technischen Eingriffs. Auch wenn die Frage unangenehm ist, sie wird zunehmend akut: Folgt nicht aus der Tatsache, dass auch der menschliche Körper vermehrt im Austausch mit Gesellschaft und Medizin entsteht und besteht eine gewisse Sozialpflichtigkeit des Körpers und seiner Organe? Ohne die postmoderne Diagnose des Todes des Subjekts bemühen zu wollen, ist gleichwohl festzustellen, dass *die Öffnung durch Technik und Diskurs* die Person im Umfeld ihrer Kommerzialisierung zu einem unzuverlässigen oder zumindest nicht mehr selbstverständlichen Kardinalpunkt rechtlich-ökonomischer Allokation macht.

<sup>211</sup> So Lichtenstein (Fn. 4), 319.

<sup>212</sup> Nancy, singularär plural sein, Berlin 2004, 55.

*7. Kontingenz, entzauberte Welt und entfesselte Individualität:  
Die Herausforderungen an das Persönlichkeitsrecht*

Die Paradoxie der Freiheit widerspruchsfrei zu denken als Essenz dialektischer Spannung von Ich und Mein

Doch damit will nicht gesagt sein, dass zugriffsoffene Persönlichkeitsgüter dem Zugriff aller offen stehen sollen. Das postmoderne Wissen um Kontingenz stellt individuelle Einmaligkeit nicht in Frage. Die Funktion des Persönlichkeitsrechts muss in der *Weberischen* entzauberten Welt<sup>213</sup> mehr denn je sein, den Respekt vor der Person als Schranke fortwährender Kommodifizierung und ökonomischer Durchdringung des Daseins zu gewährleisten. Dazu gehört die Einsicht, dass eine entfesselte Individualität sich gegen diese selbst richten kann und sie so in ihrem Kern zerstört. *Die Paradoxie der Freiheit widerspruchsfrei zu denken ist Essenz dialektischer Spannung von Ich und Mein.*

---

<sup>213</sup> Weber, Rationalisierung und entzauberte Welt. Schriften zu Geschichte und Soziologie, herausgegeben von Hauer/Küttler, Leipzig 1989.